

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA DE DERECHO



Divorcio por causal de hecho
Expediente N° 00325-2015-0-0201-JR-FC-02

Trabajo de Suficiencia Profesional para
optar el título profesional de Abogado

Autor:

Correa Ayala, Luisa Edith

Asesor:

Diaz Ambrosio Silverio

Huaraz-Perú

2019

DEDICATORIA

La presente investigación está dedicada a mi familia, especialmente a mis hijos y a mi esposo por la confianza que depositan en mí, por el apoyo constante e incondicional que me brindan para lograr mis metas. Nuestros éxitos serán el éxito de nuestra familia.

PRESENTACIÓN

Con el presente trabajo titulado **Divorcio por causal de hecho. Expediente N° 00325-2015-0-0201-JR-FC-02**, tengo por finalidad detallar y debatir los conceptos básicos más destacados de la separación de hecho, siendo una de las causales el divorcio que visto desde cualquiera de sus concepciones, tiene por objetivo poner fin al conflicto matrimonial. El divorcio tutela al derecho de familia, actuando como mecanismo para prevenir, obstruir o recomponer una lesión al derecho de la familia y al ejercicio de las facultades que él supone; de manera, que no se puede concebir el ejercicio de la separación, sin que puedan ser ejercidas algunas acciones necesarias para su defensa o tutela, frente a ocasionales intromisiones ajenas.

Dando cumplimiento al Reglamento de Grados y Títulos de la universidad San Pedro Filial- Huaraz, pongo a disposición del jurado evaluador a fin de que con su valoración nos ayude ahondando más en esta apasionante materia, parte del fundamental derecho civil. De esta manera cumplir con los requisitos para su aprobación y así obtener el título profesional de Abogado como corresponde.

Atentamente,

Br. Luisa Edith Correa Ayala

Palabras Claves:

Tema	Divorcio por Causal de Hecho
Especialidad	Derecho Civil

Keywords:

Text	The Divorce by de Facto Cause
Specialty	Civil Law

Línea de Investigación: Derecho

Instituciones del derecho de la persona y la familia en el sistema jurídico nacional e internacional.

INDICE

DEDICATORIA	i
PRESENTACIÓN	ii
PALABRAS CLAVE	iii
INDICE	iv
I INTRODUCCION	1
II ANTECEDENTES	4
III MARCO TEORICO	7
IV LEGISLACION NACIONAL	38
V JURISPRUDENCIA	67
VI DERECHO COMPARADO	70
VII CONCLUSIONES	77
VIII RECOMENDACIONES	80
IX RESUMEN	81
X REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	82
XI ANEXOS	85

I. INTRODUCCIÓN

El tema del divorcio en el devenir del tiempo, así como en su evolución normativa, al igual que muchos aspectos jurídicos en nuestro País, ha presentado una serie de contradicciones desde su inclusión dentro del ámbito del Derecho de Familia como una institución jurídica, toda vez que su condición vinculante le fue negada, de manera tácita y expresa, por el Código Civil Peruano del año 1852, siendo aceptado con posterioridad por el Código Civil del año 1936; y en la actualidad en el Código de 1984, se ha considerado una serie de regulaciones respecto a la institución objeto de estudio, contemplando entre sus articulados las concepciones fundamentadas por los legisladores “antidivorcistas”, lo cual se muestra como una institución sesgada, direccionada e inclusive mutilada en cuanto a su cosmovisión como fenómeno social, presentando inclusive conceptos que se contradicen entre sí.

La incorporación del divorcio en la normativa, se produjo debido a la separación fáctica de una gran cantidad de matrimonios, sin que exista entre ellos un atisbo de acciones que traten de solucionar dicho problema, debido a las incompatibilidad de caracteres, intereses o de cualquier otra índole entre los cónyuges, quienes ya no habían dejado atrás su relación matrimonial; sin embargo, todavía estaban en la obligación de continuar con el vínculo jurídico, debido a que una de las partes se negaba injustamente a encarar esta situación para enfrentarla precisando las causas que la originaron y facilitando la forma de probar los acontecimientos.

Queda claro entonces que al considerar a la separación fáctica o separación de hecho como una causal para que se concrete el divorcio, estaríamos brindando una forma de solucionar la disfuncionalidad de tantos matrimonios que han perdido su esencia de mantener unida a la pareja para sacar adelante a su hogar; sin embargo, podemos ver con frecuencia que únicamente estarían manteniendo la forma y no la verdadera razón de ser de una sólida relación conyugal; de esta manera se estaría facilitando la extinción de aquel vínculo que en la práctica ya ha desaparecido.

Como prueba fehaciente de esta realidad podemos mencionar los altos índices estadísticos de casos que han sido resueltos en diversos juzgados y tribunales de nuestra Nación, lo cual ha ocasionado una serie de dificultades que han entorpecido la aplicación de la norma vigente, podemos señalar el caso de manera puntual respecto a la previsión de las indemnizaciones a favor del cónyuge que ha resultado más afectado. Es en estas circunstancias, en las que se presentaron inclusive pronunciamientos totalmente contradictorios, que hicieron necesaria la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil.

A partir de la problemática planteada hemos llegado a formular el siguiente enunciado del problema que orientó el curso de la presente investigación:

¿Cuáles son los fundamentos dogmáticos y jurídicos de la separación de hecho como institución del Derecho civil peruano?; y con la finalidad de tratar de responder a dicho problema se trazó el **objetivo general** del estudio que consistió en: Explicar los fundamentos dogmáticos y jurídicos de la separación de hecho como institución del Derecho civil peruano.

Para alcanzar el objetivo general, se formuló, además, los siguientes **objetivos Específicos:**

1. Analizar los fundamentos doctrinarios sobre el divorcio en el Perú.
2. Analizar la doctrina peruana respecto a otros contextos sobre derecho comparado sobre divorcio por causal de hecho.
3. Analizar la fundamentación jurídica del divorcio por causal de hecho.
4. Analizar la jurisprudencia peruana sobre el divorcio por causal de hecho.

El estudio contiene datos relacionados con el tema objeto de estudio, el mismo que comprende el análisis de las siguientes variables:

Las dimensiones o indicadores de la investigación son:

- El divorcio

- Las separaciones de hecho
- Las jurisprudencias
- Las doctrinas
- La legislación comparada.

El método de estudio empleado en la investigación realizada para obtener el Título Profesional de Abogado bajo la modalidad de suficiencia profesional está basado en la revisión de investigaciones empleando para ello la revisión bibliográfica, utilizando como técnica el fichaje documental de manera analítica y resumida, cuyos instrumentos fueron las fichas analíticas y de paráfrasis.

II. ANTECEDENTES

2.1. ANTECEDENTES NACIONALES:

Hemos revisado una serie de estudios relacionados con el tema elegido; sin embargo, se ha seleccionado únicamente aquellos que está más vinculados con nuestra investigación, los cuales mencionamos a continuación:

Alvarez (2006) en su estudio sobre las nuevas causas del divorcio, planteó a la separación de facto o de hecho frente y a las dificultades de llevar una vida en común, como aspectos importantes a tener en cuenta, pero que a su vez se interroga si constituyen una forma de permisibilidad o el camino a la solución del problema. La separación de cuerpos o separación de hecho, representa un motivo más que suficiente para que ha tenido su origen a partir de la misma realidad, la cual no podría ser negada por nadie por ser un problema social muy generalizado a nivel de todos los estratos sociales, por tal motivo considera que sería una solución razonable en el ámbito del sistema jurídico actual, para aquellos matrimonios que se han visto separados definitivamente, habiendo decidido abandonar su hogar, precisamente por haber encontrado a otra persona con quien cohabitar y para lograr sus objetivos y metas de manera conjunta al formar una nueva familia, lo que genera el desorden social que se está agravando cada día. La aparición o la instauración de estas dos nuevas causas del divorcio, no tienen mayor incidencia en la familia como el matrimonio como institución, debido a que los problemas se originan dentro de la relación, tampoco por la legislación que pueda ser considerada como demasiado permisiva, o porque algunos lo consideran como una válvula de escape para aquellos que han llevado su matrimonio al fracaso. La separación de los cónyuges, cualquiera sea el motivo que los llevó a ese estado y según las fuentes del Derecho se originaron una serie de mecanismos con la finalidad de regular ciertos hechos de la realidad social, más allá de la existencia de estos

procedimientos en la legislación comparada desde tiempos anteriores que la consideraron como una causal de divorcio, tampoco se pudo continuar negando la posibilidad de proseguir con las regulaciones para dar solución a estas separaciones sabiendo que existían consecuencias funestas en contra de la familia y la sociedad inclusive.

2.2. ANTECEDENTES INTERNACIONALES:

En el ámbito internacional hemos visto por conveniente citar estudios relacionados con el tema estudiado, siendo éstos los siguientes:

Aguilar (2013) investigó sobre la vulnerabilidad en el que se encuentran algunos principios del Derecho, tales como la equidad y la igualdad en el ámbito del divorcio que se encuentran inmersos en la causa de abandono en la Legislación Civil Ecuatoriana, en la que el autor precisa que la separación de ambos cónyuges donde no hubo autorización judicial, o sea que se produjo de manera extrajudicial por alguno de los cónyuges o también de manera unánime por ambos se denomina separación de hecho. Es así que, en estas circunstancias, se da la imperiosa necesidad de llevar adelante el proceso de divorcio que desde ya aparece como una voluntad manifiesta, debido a que estamos frente a un matrimonio donde la vida en común se ha tornado imposible de llevar adelante el cual se ha hecho imposible la vida en común. Con mucha frecuencia se observa a muchas personas invocando la separación de hecho como una causal para solicitar el divorcio por haber cesado de manera efectiva la convivencia por períodos que superan los plazos establecidos legalmente, empleando los legisladores estos fundamentos para darle base a sus argumentos y tipificar esta causal, no considera al abandono en el aspecto material de su cónyuge o de sus descendientes, pudiendo pasar por alto o considerando que a ellos no les falte ninguna necesidad; sino únicamente porque le priva al otro cónyuge del derecho legítimo de mantener relaciones sexuales, que es considerado como un aspecto fundamental en el matrimonio, según el investigador hace mención a lo largo de

su estudio de repetidas oportunidades en que pone especial énfasis al abandono que significa o es considerada como una actitud negativa dentro de las obligaciones contraídas para cumplir con los deberes matrimoniales.

III. MARCO TEÓRICO

3.1. EL DIVORCIO

3.1.1. Etimología del vocablo divorcio.

El término divorcio proviene de la expresión latina *divortium*, que a su vez deriva del verbo *divertere*, la misma que significa irse, retirarse, separarse en sentidos divergentes; e inclusive, cada quien por su lado; procede también relacionarlo con el término *vertere*, el cual significa: dar un giro, hacer girar o únicamente girar, volver y dar la vuelta.

Ruiz (2014) en un estudio realizado sobre el planteamiento de algunos fundamentos que permitan modificar todo lo relacionado con los plazos contemplados para solicitar la caducidad de los procesos de divorcio por la causal de adulterio, contemplados en el artículo 339° del código civil. Al respecto, en la antigua roma, un aspecto a muy importante a tener en cuenta para la disolución del matrimonio estaba considerado el divorcio, por cuanto el matrimonio por su misma naturaleza consideraba la disolución, siempre y cuando la *affectio maritalis* había cesado; es decir, se daba por concluido el vínculo marital; es decir, al haber desaparecido toda intención o voluntad de ser considerados como marido y mujer. Después de algunos años, en la época de la Roma imperial, se pudo ver cómo la familia, considerada como la institución que mejor definía su estructura social, se había debilitado, al mismo tiempo en que también la patria potestad se encontraba en declive. De esta manera, las costumbres y la tradición fueron perdiendo espacios importantes y se vieron reflejados en dos grandes problemas fundamentales: el incremento de la tasa de divorcios

y el incremento de adulterios que cometían los cónyuges, lo que conllevó a una reducción de la tasa de natalidad.

3.1.2. Antecedentes del Divorcio:

Esta figura jurídica tiene su origen desde las épocas más antiguas y estuvo basado en el repudio que se realizaba, generalmente al esposo; cabe señalar que la disolución del vínculo matrimonial se realizaba por la sola voluntad, sin tener en cuenta las razones que por derecho le correspondían a la mujer. De esta manera funcionó como una realidad intrínseca de los antiguos pueblos de Egipto o Babilonia, así como también se contempló en el Código de Hammurabi en la que se establecieron las causas que se tendrían en cuenta para el repudio. De igual manera en la India se incluyó en las Leyes de Manú.

Mallqui (2001) considera que en el derecho griego el divorcio estuvo permitido; sin embargo, no se realizaba con mucha frecuencia. En los tiempos de Homero no se practicaba el divorcio, pero sí fue de conocimiento y aplicación en épocas posteriores. Desde épocas más antiguas, como es el caso del siglo IV antes de Cristo ya se conocía la figura del divorcio y se hablaba de la disolubilidad del matrimonio, pero estaba a cargo del marido la voluntad y decisión para aplicarlo, disponiendo de muchos recursos para ponerlos en práctica; cuando ocurre la separación por mutuo disenso, no se presentaban mayores problemas; en cambio si el pedido se realizaba de manera unilateral, la situación se complicaba y se tornaba aún más difícil cuando era la mujer quien lo solicitaba.

En la antigüedad, el derecho romano consideraba la potestad del repudio como un mecanismo que hacía posible el divorcio, tanto para los que pertenecían a la clase aristocrática, conocida como matrimonio de

patricios que era un acto ceremonial religioso que se también se llamada confarreatio; así como también para aquellos que pertenecían a la plebe, que era una forma de convención civil conocida como coemptio.

En los tiempos del medioevo el Derecho canónico, especialmente en el Evangelio de San Marcos precisa que, el hombre de debe desatar lo que Dios ha unido, precisándose y determinándose el carácter consagrado e invariable que siempre tuvo la relación matrimonial, la misma que fue adoptada por los concilios de Letrán, aprobada en el año de 1,215 y el de Trento publicada en el año de 1,562; y si bien es cierto que excepcionalmente fue admitida la separación de cuerpos, pues esta opción fue contemplada únicamente para aquellos casos de matrimonios considerado como infortunados. Esta postura dio motivo a grandes discusiones entre la teoría que sostiene el divorcio vincular, que históricamente tenía vigencia en la legislación de muchas poblaciones; y la teoría antidivorcista que es promovida por la iglesia, la cual se basa fundamentalmente en su carácter sacramental y divino, considerando al matrimonio como indisoluble y monogámico.

En el Derecho moderno y a postrimerías de la Revolución Francesa, el divorcio absoluto se incorporó en la legislación de muchos países europeos, tales como: Suecia, Dinamarca, Inglaterra, Alemania y Holanda, ocasionado a partir de la aparición de una tendencia protestante que, durante el siglo XVI, comenzó con grandes campañas con la finalidad de lograr que el divorcio vincular sea aceptado. En este contexto, la reforma luterana admitió y propició el divorcio vincular basándose en el planteamiento que el matrimonio no es más que una institución simplemente profana, a quien le negaba su naturaleza sacramental otorgada y reconocida por la iglesia católica. A continuación, señalamos algunas de las causas admitidas por la doctrina protestante:

- a. La comisión de actos de adulterio.
- b. Cuando el cónyuge huye a lugares inasequibles a la autoridad judicial.
- c. Cuando el cónyuge huye a un lugar donde puede ser alcanzado, negándose a continuar con su vida conyugal. Los condenados a destierro, o a prisión por varios años o a cadena perpetua.

3.1.3. Regulaciones según las normas Jurídicas del Perú.

En el contexto jurídico de nuestro país, el divorcio está contemplado en el Código Civil, puntualmente en el segundo capítulo denominado: Divorcio, Título cuarto relacionado con el decaimiento y disolución del vínculo, segunda sección que lleva por título: Sociedad Conyugal del Libro Tercero (Derecho de Familia), tipificando en su artículo 348° que el efecto principal del divorcio viene a ser la disolución del vínculo matrimonial. Existen también efectos de otra índole la mencionada disolución ocasiona; estos se encuentran precisados fundamentalmente en el artículo 350° de la precitada norma; en este sentido, señalaremos como una primera consecuencia que es la de tipo personal a la que se refiere a los hijos, quienes quedarían bajo la tutela del cónyuge a quien se la ha conferido por acuerdo; sin embargo, si no hay un acuerdo unánime entre ambas partes, será el Juez quien tenga que determinar en la respectiva sentencia del divorcio. En caso de existir alguna culpa por parte de alguno de los cónyuges, entonces por lo general se concede la custodia de los hijos a quien fuera considerado inocente, a no ser que existan de manera concurrente algunas circunstancias excepcionales. El cónyuge que asuma la responsabilidad de hacerse cargo del cuidado de sus hijos, tendrá también la prerrogativa de ejercer la patria potestad en exclusividad, debiendo hacerse cargo del manejo administrativo de sus bienes. Al respecto, es preciso señalar que un

recurso muy importante para dar solución a este tipo de problemas viene a ser la jurisprudencia, a fin de encontrar soluciones un tanto más equitativas respecto al ejercicio de la patria potestad, toda vez que la tenencia de los hijos se determina como una de las principales prerrogativas que otorga ejercer este derecho a al cónyuge que ha sido considerado inocente; y en cuanto al otro cónyuge, quien fue considerado culpable, se le otorga un régimen de visitas para sus hijos, toda vez que el vínculo matrimonial que hadado disuelto; sin embargo, las relaciones entre padres e hijos no deben quedar afectados, porque constituye un derecho de los menores tener que mantener vínculos parentales adecuados con sus progenitores, en el ámbito de razonables circunstancia y de seguridad que eviten de manera categórica, ocasionarles mayores traumas sobre todo si se trata de menores de edad.

3.1.4. Naturaleza Jurídica del divorcio:

Aun cuando el divorcio es un tema de bastante antigüedad, no es precisamente por ello que pierda importancia y deje de ser interesante la necesidad de tener que analizar todos los aspectos relacionados con la naturaleza jurídica que reviste el divorcio; es por ello que corresponde hacer un estudio comprensivo de las dos grandes corrientes que en la actualidad existen: la teoría divorcista y la antidivorcista, dos posiciones que están divididas entre aquellos que defienden el divorcio vincular, representado generalmente por autores laicos; y por otro lado, aquellos que defienden el divorcio relativo o llamado también separación de cuerpos, conformado por aquellos partidarios de la ideología sostenida por la Iglesia católica con sus respectivos religiosos y laicos seguidores.

Con la finalidad de efectuar un análisis más categórico respecto a las dos corrientes respecto al divorcio, consideramos pertinente hacer una aclaración y dejar claro que la unión de las personas en matrimonio, no

culmina con únicamente con unión de ambos cónyuges, la adquisición de bienes u otros aspectos, sino que prosigue con algo más sublime y sagrado que es la procreación y el cuidado de los hijos; por tal motivo, todos los matrimonios deberían durar para siempre; sin embargo, en la actualidad esta premisa ya constituye una utopía para cualquier familia, pues en muchas de ellas hay hogares que se tienen que enfrentar al divorcio. El por ello que reviste vital importancia efectuar el análisis de esta figura jurídica, pues dependiendo de las circunstancias, los países adoptan determinados regímenes. En este sentido podemos señalar a algunos países que aceptan el divorcio absoluto: Alemania, Italia, Austria, Bulgaria Albania, Ecuador, Bolivia, etc. Por otro lado, mencionaremos a continuación a los países que aceptan al divorcio absoluto y la separación de cuerpos: Inglaterra, Cuba, Francia, Suecia, México, Estados Unidos, etc.

a) Teoría Antidivorcista:

Los teóricos de esta corriente sostienen que el matrimonio es una institución que se debe mantener para toda la vida; por lo que dejaron sentadas las bases de la tesis sobre la indisolubilidad, dejando de lado al divorcio y exigiendo a ambos cónyuges a tener que mantenerse unidos, inclusive si en la vida real ya la relación se ha disuelto. Es así como esta teoría rechaza al divorcio por tener sus orígenes en la doctrina social de la iglesia, la teoría sociológica y el de las relaciones paterno filiales.

La iglesia católica tiene establecida en su doctrina que contempla al matrimonio como un sacramento. Tiene sus bases que se fundamentan en principios cristianos citados en el Libro de San Marcos, Capítulo 10, versículos 1 al 9 que establece que lo que Dios unió, no lo separe el hombre, con lo cual precisa la indisolubilidad y lo configura como unión de por vida que solo puede ser interrumpida por la muerte; es así como

esta teoría admite que se realice la separación de cuerpos que puede haberse producido por causas muy graves; sin embargo, no admite que se produzca el divorcio de manera definitiva.

La teoría de las relaciones paterno filiales, precisa que el divorcio se ha institucionalizado como una institución que perjudica extremadamente al cónyuge inocente, pero por sobre todo a los hijos mejores, debido a que suceden sobre ellos, una serie de consecuencias que se ven evidenciados inicialmente en los estragos frustrantes de la unidad familiar y su repercusión entre los grupos sociales y familiares, esto en el ámbito sociofamiliar, pero también subyacen una serie de efectos en otras dimensiones como la psicológica, en la que se puede notar el cambio radical en la conducta y la personalidad de quienes han sido afectados por el divorcio, si seguimos analizando otros contextos, podemos encontrar también efectos biológicos, pues a consecuencia de la ansiedad, la angustia y la depresión, se van a desencadenar una serie de complicaciones a nivel digestivo, cardiovascular, etc. que ponen en peligro la salud y la vida de las personas afectadas por el divorcio.

b) Teoría Divorcista:

Los teóricos dedicados al estudio y sostenimiento de esta teoría, han sido rechazados de plano por sus detractores, básicamente porque consideran que defender el divorcio vine a ser un atentado en contra de la buena organización y el normal funcionamiento de la familia como una célula básica de la sociedad, pues ellos no lo consideran así, precisando que sus opositores actúan con demasiada ligereza e inclusive influenciados por algún tipo de prejuicio, pues como bien sabemos hay muchas corrientes filosóficas y jurídicas que buscan fortalecer a la familia y consolidar al matrimonio como base de nuestra sociedad; pero, los teóricos de esta corriente divorcista hacen la aclaración que la familia

o los matrimonios a quienes se tiene que tratar de fortalecerla, es de las familias normales y felices, más no así y de ninguna manera a los matrimonios fracasados y destruidos, que los teóricos de la corriente antidivorcista pretenden perpetuarlo a cualquier precio.

Existen muchos estudiosos de este fenómeno en los ámbitos: social y jurídico que sostienen que el divorcio es un mal necesario. Varsi (2004), a partir de una serie de doctrinas existentes sobre el tema llegó a clasificarlas de la siguiente manera:

- El divorcio-repudio
- El divorcio-sanción
- El divorcio-remedio
- El divorcio-quiebra y
- El divorcio mutuo acuerdo.

La doctrina del divorcio repudio admite al divorcio como aquel derecho que le asiste a los cónyuges, principalmente al varón, con la finalidad de rechazar y alejar al otro cónyuge del lecho matrimonial, generalmente sin mayor explicación de las razones.

En el texto bíblico llamado deuteronomio autoriza al marido a repudiar a su mujer en las circunstancias en las que ya no le agrade considerando como justificación a una causa torpe, en la que el marido entregaba a su mujer carta de repudio en la que le despedía de la casa.

En el Corán encontramos también que se contempla el repudio que puede ser ejercicio por el varón, a quien le era suficiente repetir tres veces de manera pública la frase: “yo te repudio”, para que de esa manera quedara disuelto el vínculo matrimonial. Esta doctrina que fue impuesta por los países musulmanes o islámicos, tiene su fundamento en que el

matrimonio queda disuelto por repudio, por abandono del islam o por sentencia judicial.

En cuanto a la doctrina del divorcio-sanción, éste se fundamenta en la aplicación del divorcio como un merecido castigo que debe recibir el cónyuge causante que es quien dio los motivos para el divorcio. Esta teoría se basa en lo siguiente:

- El principio de culpabilidad. - mediante este fundamento el divorcio al que se ha llegado fue generado por culpa de uno de los cónyuges; por tal motivo éste será declarado culpable y el otro cónyuge será declarado inocente, por lo que estará sujeto a prueba.
- La punibilidad del divorcio. - la misma que se configura a partir de la emisión de la sentencia que deja sin efecto el vínculo conyugal, como un mecanismo que penaliza al cónyuge culpable porque faltó a sus obligaciones y deberes conyugales; por consiguiente, se asume que se pierde la posibilidad de ejercitar la patria potestad, también la pérdida o la restricción del derecho que le asiste respecto a los alimentos, así como también la pérdida de los derechos hereditarios, etc.
- Las múltiples causas que existen para el divorcio, podemos citar a las causas específicas que se encuentran contempladas en la ley, tales como: la sevicia, el adulterio, la sevicia, entre otros.

En lo que respecta a la teoría del divorcio-quiebra los estudiosos precisan que se tiene que buscar soluciones prácticas cuando estamos afrontando problemas concretos.

En la teoría del divorcio por mutuo disenso, la separación de los cónyuges se fundamenta precisamente en la extinción o finalización de manera voluntaria del matrimonio.

La teoría del divorcio - remedio, tiene sus bases en la premisa que para que ocurra la separación de los cónyuges se debe tener en cuenta la procedencia o improcedencia de dicho divorcio, debiendo analizar previamente si las dificultades por la que atraviesan en el matrimonio son muy profundas que hacen imposible continuar con la vida en común y que afectan la esencia misma del matrimonio. Por tanto, esta teoría se basa en:

- La divergencia grave, insoslayable y determinable de manera objetiva; es decir que no es necesario tipificar la culpabilidad de las conductas.
- La advertencia de que en la resolución o dictamen que contiene la sentencia del divorcio se contemple como un remedio para dar solución a una relación absurda, conocida como conflicto matrimonial.
- La preexistencia del fracaso matrimonial como una causa única para que ocurra el divorcio, desechándose así la determinación exclusiva de causales.

c) Enfoque del Código Civil Peruano:

En lo que respecta a la legislación peruana respecto al divorcio, encontramos que, en el Código Civil de 1852, se articula a la teoría antidivorcista en la medida en que reconoce la indisolubilidad del

matrimonio canónico, permitiendo al divorcio por la separación de cuerpos o separación de hechos en casos graves.

Por otro lado, en el Código Civil Peruano del año 1936 se adoptó la teoría divorcista basada en la tesis del divorcio - sanción. En este contexto y haciendo referencia a esta norma Varsi (2004) precisa que ésta incluye una propensión antidivorcista, basado en una serie de elementos disuasivos que justifican el inicio del divorcio, tales como:

- La existencia de una causa que contemple el incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes matrimoniales.
- Cumplir el tiempo mínimo de dos años para iniciar el proceso de separación. Cabe señalar que el divorcio por mutuo disenso o mutuo acuerdo no existe o no es válido.
- La separación de hecho o separación de cuerpos, se convertirá en el divorcio si han transcurrido los seis meses luego que se haya emitido la sentencia.
- Las causas se aplican a la separación de cuerpos, pero también son válidos para el divorcio, con la finalidad que el cónyuge que tiene la culpa pueda recapacitar, o en todo caso el cónyuge que fue agraviado pueda perdonarlo.

3.1.5. Concepto de Divorcio:

En primer lugar, debemos aclarar que, la palabra Divorcio, etimológicamente proviene de la expresión latina divortum, el cual procede también del verbo divertere, el cual significa separar o ir cada quien por su lado. Es así que, de manera general, la palabra divorcio,

quiere decir desahogo o alivio de la forma de vida matrimonial que se ha estado llevando, debido a la separación del vínculo conyugal, o también por la separación de los cónyuges. Este concepto hace alusión, tanto al divorcio absoluto, así como también para el divorcio relativo, el cual guarda relación con la corriente clásica.

En consecuencia, el divorcio se entiende también como la disolución o fin de las relaciones matrimoniales de los cónyuges; mediante el cual se acaba con las nupcias realizadas legalmente y contraídas válidamente, encontrándose una sustancial diferencia con la nulidad del matrimonio, el cual considera la existencia de una serie de vicios procesales considerados como insubsanables.

Cabello (2001) precisa que, mediante el divorcio que es una figura jurídica que va más allá de la mera separación de hecho o separación de cuerpos, se finaliza plena y definitivamente con el vínculo matrimonial, en la que ambos consortes quedan aptos para contraer nuevas nupcias. Es preciso aclarar que estas figuras jurídicas tienen mucha semejanza, por cuanto tienen que ser declarados judicialmente; sin embargo, considera que en algunos contextos las legislaciones de ciertos países admiten su procedencia únicamente a través de una simple resolución administrativa, tal es el caso de Japón en los llamados divorcios convencionales.

Muro (2003) considera que se suele aplicar el concepto de divorcio indistintamente cuando nos referimos a la disolución del vínculo conyugal, así como también cuando estamos frente a una separación de cuerpos; sin embargo, en estas dos circunstancias existe una diferencia sustancial, toda vez que en el primer caso se permite que los ex cónyuges puedan contraer nuevas nupcias, mientras que en la separación de

cuerpos no se permite sino hasta cuando se haya destruido totalmente la relación anterior.

3.1.6. Clases de divorcio

La tipología del divorcio es muy variada y además su uso es común en la doctrina; sin embargo, citamos la siguiente clasificación:

a) El Divorcio causado y el divorcio incausado:

a1. La causa del divorcio

Conocida también como causal. Es muy importante conocer que es la causa para poder abordar con mayor precisión esta clasificación. Es así que la causa viene a ser un elemento primordial en todo acto jurídico, cuya carencia impide su existencia.

Quispe (2002) considera que la causa es un hecho previsto en la legislación, de tal manera que junto a la expresión de voluntad declarada por el cónyuge que ha visto perjudicado, formaliza la demanda y se legitima como justa el pronunciamiento respecto a la ruptura o finalización del vínculo por parte de la autoridad competente.

a2. El divorcio causado o causalista o con expresión de causa:

El divorcio basado esta forma o concepción, se fundamente en la premisa que el matrimonio debe ser considerado como una institución perpetua por antonomasia y que el divorcio vendría a ser únicamente una solución a situaciones que se presentan de manera excepcional.

En el ámbito de esta clasificación del divorcio, la sentencia que considera el fin o la disolución del matrimonio, solamente será viable cuando alguno de los cónyuges o ambos, inclusive, expresen y puedan probar ante el juez las razones por las que han decidido optar por el divorcio; en el contexto de esta clasificación del divorcio se consideran al divorcio remedio y al divorcio sanción, que se analizarán posteriormente.

a3. El divorcio incausado o sin expresión de causa:

Mizrahi (1998) señala que en los divorcios en las que no hay una expresión de causa; es decir, en aquellos divorcios incausados, no se debe exigir las pruebas de la culpa ni las del rompimiento matrimonial; o sea, se le otorga el carácter de fuerza vinculante al pedido del o los cónyuges, sin que haya la necesidad de exhortar causas al juzgador.

En divorcios de esta naturaleza, no hace falta la invocación de ningún tipo de causas; empero, eso no quiere decir que no haya causa alguna del divorcio, pues siempre habrá alguna que lo motivó, quedando ésta en la intimidad. En divorcios de este tipo, es la voluntad del o de los cónyuges, juntamente con la determinación de la autoridad competente, que en nuestro caso es el Juez, el Alcalde o inclusive el Notario, quienes están facultados para disolver el vínculo matrimonial. En cuanto al divorcio notarial, este se da únicamente en aquellas circunstancias en las que hay un acuerdo mutuo y toda vez que se dé cumplimiento a los requisitos previstos en la ley. Para que el divorcio pueda ser concedido por el alcalde se tiene que solicitar en la misma municipalidad donde se realizó la separación convencional. Asimismo, tiene que pasar por lo menos

dos meses a partir de la fecha en que se declaró la separación de acuerdo a la resolución de alcaldía.

Ramos (1990) precisa que el divorcio incausado, el cual fue resuelto de manera unilateral, generalmente se conoce con el nombre de divorcio repudio y que consiste en la potestad que tiene el marido o la mujer de por el cual consiste en la facultad, ya del marido, ya de la mujer, de abandonar o alejar de su lado al otro cónyuge sin expresión de causa.

Es preciso indicar que el denominado divorcio incausado unilateral, el mismo que es objeto de estudio de la presente investigación, tiene relación con aspectos exclusivos y privilegiados que le asiste a alguno de los cónyuges; así tenemos por ejemplo que, únicamente los hombres de los países islámicos tienen este derecho; por otro lado, en Uruguay la legislación incluye también a las mujeres, la cual considera al matrimonio en igualdad de condiciones a ambos cónyuges; en consecuencia, cualquiera o ambos cónyuges tienen la misma facultad, que la pueden ejercer unilateralmente o de manera conjunta. Todo ello se precisa con la finalidad de establecer distancias al repudio que generalmente se le concede a uno de los cónyuges (que puede ser el varón o la esposa) en la cual se identifica una clara discriminación en función del sexo de las personas, lo cual es un aspecto intolerable en nuestros tiempos y no acorde a la cultura jurídica actual

b) El Divorcio sanción y el divorcio remedio

Dentro de las nuevas tendencias jurídicas, esta es la clasificación a la cual los juristas le han brindado mucha más atención, dándole especial énfasis; y por tanto, se observa que su relevancia deviene en mucho más

importante para los fines que persigue nuestra investigación. En tal sentido, es preciso señalar que esta clasificación no tiene mucha cobertura que la anterior, debido a que las dimensiones del divorcio sanción y del divorcio remedio se configuran en el ámbito del divorcio causado.

b1. El divorcio sanción:

Para Carbonnier (1961) el divorcio sanción considera que el divorcio como tal, constituye una falta y por consiguiente amerita el castigo; por tanto, solamente habrá lugar a la disolución vincular en tanto haya un cónyuge al que se le considere inocente y el otro considerado como culpable, quien viene a ser la víctima de la falta cometida por el primero.

Por otro lado, Bossert (2004) en base a las tendencias observadas, considera que la separación de cuerpos o el divorcio, solamente lo puede decretar el Juez en función de los alegatos y pruebas sustentatorias de hechos que revisten culpabilidad por parte de uno o de ambos cónyuges, evidenciada de manera fehaciente en un proceso judicial contencioso, las mismas que tienen que estar previstas de manera taxativa en la legislación vigente. Ahora, si la parte afectada no puede probar los hechos denunciados, el juez tiene la facultad para desestimar la denuncia, inclusive cuando existiera las evidencias de una separación de cuerpos. En conclusión, el fallo judicial para ser expresado en una sentencia, debe contener la prueba de la culpa cometida por uno o ambos cónyuges; motivo por el cual, el divorcio constituye una sanción en contra del culpable.

De igual manera, Quispe (2002) haciendo alusión a las causas culposas en las que se basa el divorcio sanción, sostiene que las

causas culposas constituyen hechos voluntarios consistentes en el incumplimiento de algunos deberes que les asiste a los cónyuges dentro del matrimonio, en la que la legislación en actual vigencia, de manera directa, o por medio de la facultad, atribuciones y criterio de conciencia que el Juez tiene para calificar de manera negativa y como un hecho grave, todas las causas culposas, las que no hacen alusión a hechos objetivos, sino únicamente a actitudes o conductas que muestran la intencionalidad catalogada como inmoral, o llamada también moralmente negativa, por el legislador que le causaría un grave daño o perjuicio al consorte inocente.

b2. El divorcio sanción, regulado como formulación genérica:

Carbonnier (1961) estudió el divorcio sanción, encontrando que, a la estructura de causas mencionadas anteriormente, conocida también como causas especiales, se contraponen a ella otros aspectos no menos importantes; tales como la denominada causa general e indeterminada, siendo la causa quien la representa y que cumple un rol importante desde las perspectivas de comprensión y amplitud. Entre las causas de las que se vale la jurisprudencia tenemos a la injuria, conceptualizada como algo elástico y en calidad de cláusula generalis, habiendo desnaturalizado de alguna manera la estructura jerárquica de las otras causas, en vista que el actor podría fundamentar en ello su acción al concurrir los elementos que integran alguno de los motivos restantes.

De igual manera Plácido (2001) señala que, en sistemas legislativos de indeterminación, que es un concepto como él lo denomina, se considera como causas de la separación personal y también del divorcio vincular, a todos aquellos acontecimientos que, a juicio del Juez, deben conllevar a su declaración como tal.

Haciendo un análisis crítico a este tipo de regulación del divorcio, encontramos dos aspectos muy importantes a tener en cuenta:

- **En primer lugar:** de acuerdo a lo prescrito en el Código Civil, es totalmente cierto que todas aquellas causales culposas del divorcio plasmadas en dicha norma, hacen alusión a una serie de transgresiones a los deberes que nos obliga la vida matrimonial; empero, intentar disminuir las causas del divorcio reduciéndola o limitándola a una sola causa y todavía de manera general, estaría dejando de lado la tradicional separación entre causas las perentorias y las facultativas, que estipulan los teóricos franceses. Así tenemos a Carbonnier (1961) quien precisa que, para establecer el carácter perentorio de una causa, la condición más próxima está expresada por el dato o la información que se maneja, porque se adolece de facultades de apreciación para poder evaluar o impugnar la acción del divorcio. Al contrario, entre las causas discrecionales el Juez de la causa tiene amplias facultades de criterio para poder establecer, no solo la gravedad de los hechos, sino también la preexistencia de la gravedad de las violaciones argüidas. En tal caso, cuando se formula una causa genérica en el ámbito de la nuestra legislación, inclusive el adulterio bajo la modalidad de no consentida ni provocada y que haya sido expresamente acreditada en el proceso, podría ser sometida al criterio jurisdiccional con la finalidad de que se pueda determinar el nivel de gravedad en la comisión de la mencionada violación de las obligaciones de fidelidad.
- **En segundo lugar:** mediante el cual se puede realizar una crítica a la postura legislativa que no es un aspecto

contradictorio al primero, sino que se complementan; pues es muy común observar en nuestro medio que la legislación no está siendo aplicada en su real dimensión, y lo que es más, en ocasiones éstas no están siendo usadas. Todo ello fue analizado por León (2004) quien precisa que los forjadores del Código Civil peruano han importado, voluntaria o involuntariamente, algunos contenidos de la normativa general; dicho de otra manera, nuestra legislación considera también a las buenas costumbres, a la buena fe, orden público, entre otros aspectos.

b3. Divorcio Remedio.

Como bien sabemos, la presente corriente se originó en los países nórdicos en la década de los 20; considerando a lo establecido por Rubellin (2001), quien precisa que todos los aspectos relacionados con el divorcio remedio surgieron en Francia, considera también que la enfermedad mental, como causa de este problema, se incorporó al régimen disolutivo del vínculo matrimonial en Francia, donde se produjo una serie de discrepancias, aceptadas en la sociedad por cuanto en aquellos tiempos el divorcio era admitido como sanción.

Empero, para considerar a la enfermedad mental, como una causal, pero que no se circunscribía en el contexto de aquellos tiempos, se estableció que debería optarse por cualquiera de las concepciones del divorcio: En primer lugar, tenemos al divorcio entendido como una sanción, que hemos abordado anteriormente; pero en este caso se aplica al enfermo mental, que en el sistema francés quedaba fuera de lugar, pues la enajenación mental no podía ser causa de agravios al desdichado demente.

En vista que la enajenación mental estaba fuera de lugar y por tanto, no encuadraba en el ámbito del concepto de divorcio sanción, hubo la necesidad de estudiar otro punto de vista, donde Josserand (1952) sostuvo una nueva concepción o enfoque mediante el cual surge el divorcio, cuya ruptura del vínculo matrimonial se produce como una situación de la que no hay otra alternativa posible y donde el matrimonio perdió sentido para el cual se celebró, lo cual trasmuta y altera la verdadera esencia de la relación conyugal, imponiéndose la ruptura, sin tener en cuenta de las razones que la originaron.

En vista de no haberse encontrado alguna falta, entonces ya no habría razón alguna para recurrir a la imputabilidad, el cual constituye un rasgo propio del denominado divorcio sanción. En el caso del divorcio remedio, hablar de la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, únicamente pretende encontrar una salida al cambio de la condición de la relación conyugal.

Nuestro ordenamiento jurídico tiene incorporado a la presente concepción de divorcio, a partir de la dación de la ley N° 6890 que, de acuerdo a los preceptos jurídicos de aquellos tiempos, estableciendo en el artículo segundo que el divorcio producirá mismos efectos similares a los de la nulidad. Entre las causas del divorcio que consideraba la precitada norma encontramos, entre otros aspectos que, a la locura o denominado también furor permanente, la que convierta en peligrosa la cohabitación, por tanto, no sería aplicable el término divorcio sanción, debiendo considerarse en todo caso como divorcio remedio.

b4. El divorcio-remedio normado por listas cerradas.

Ramos (1990) precisa que la legislación contempla tipos objetivos de manera concreta los que, al ser probados, imponen al juez a emitir sentencia de divorcio. Entre las causas taxativas que hacen alusión a la separación de hecho, tenemos: la enajenación mental, las enfermedades venéreas y contagiosas, la homosexualidad posterior al matrimonio, la impotencia, la drogadicción y el alcoholismo.

b5. El divorcio-remedio normado por condición legal.

Esta acción es delegada a los jueces para que asuman su facultad que les permite aplicar el contenido de la cláusula normativa general. Las ventajas de estos sistemas es que permiten englobar una cantidad de situaciones que dificultan su atención de manera casuística a través del ordenamiento jurídico.

Para Quispe (2002) esta figura jurídica denominada un *numerus apertus*, donde se la función del juez, en su condición de examinador ha sido replanteada; no examina la realidad de los hechos para subsumirlos en causas justas preestablecidas en el ámbito de la normativa legal, sino que considera que el matrimonio existe como auténtico o que por lo menos pueda ser defendido. La función privativa del Juez tiene también la prerrogativa de ir más allá de sólo aspectos evaluativos de hechos y acontecimientos objetivos como bien podríamos citar a la separación de cuerpos o llamado también la separación de hecho e inclusive a otros comportamientos de carácter facultativo. Para muchos, la relación matrimonial se considera como algo extremadamente complejo como para tener que aplicar criterios objetivos que permitan el establecimiento de causales del divorcio; al contrario, será el juez

el encargado de comprobar si la relación matrimonial de mantiene o se ha roto.

3.1.7. Causales del divorcio.

Las normas legales vigentes contemplan en nuestro sistema las causales de divorcio, considerando a aquellas establecidas igualmente para la separación de cuerpos, en cuyo artículo 333° se consideran como las causas para la separación de cuerpos, a los siguientes:

a) El Adulterio:

Esta causal del divorcio se establece por el comportamiento sexual de alguno de los cónyuges por verse involucrado con otra persona, configurándose con ello la violación del deber de la fidelidad como obligación matrimonial. El cónyuge que ha sido afectado tendrá que probar este hecho mediante la prueba idónea; así tenemos, por ejemplo: una partida de nacimiento que prueba la existencia de un hijo en otra mujer. Los hechos de violencia psicológica e inclusive agresiones físicas que el juez tendrá que determinar durante el proceso.

En la antigüedad, este hecho era conocido como sevicia, en la actualidad los malos tratos que conllevan a la violencia psicológica y al maltrato físico y que se configuran como violencia familiar, subyacen como causal para configurar este delito. Esta causal se manifiesta como un acto intencional y constatable de manera objetiva; además, la acción debe producir un perjuicio que hace imposible continuar llevando una vida en pareja.

b) Los actos de violencia psicológica o física que el juez determinará de acuerdo a las circunstancias.

Estos actos se configuran por las continuas y reiteradas acciones de violencia psicológica y/o física de uno de los cónyuges en perjuicio del otro. Pueden ocurrir por medio de golpes, insultos y todo tipo de actitudes que denigren la condición humana de la pareja. Esta causal ya no tiene efecto después de los seis meses de haber ocurrido los actos de violencia.

En causales de esta índole, es mucho más difícil probar el círculo vicioso en el que están incurriendo las parejas; es decir: el cónyuge considerado como el autor, los daños infligidos, así como el nexo que existe entre los dos cónyuges. No se considera suficiente el examen médico legista, peor aún si de ellos no se pueden extraer resultados concluyentes.

c) El crimen contra la vida del cónyuge

Viene a ser las acciones deliberadas de parte de uno de los cónyuges de atentar o pretender dar muerte a su cónyuge. Es un acto intencional y tiene que ser probado de manera fehaciente, sin dejar lugar a dudas que hubo la intencionalidad de cometerlo. Los problemas se tienen que esclarecer dentro del ámbito de competencia de un proceso penal, pero previo a todo ello, necesariamente se tiene que haber realizado una investigación a nivel policial previa que para que se identifique al autor de los hechos.

d) La injuria grave que hace imposible tener una vida en común

Se entiende así a toda ofensa grave que está encaminada a ocasionar un ataque grave al honor de su cónyuge; no estamos refiriéndonos a cualquier acto ofensivo que puede ocurrir con frecuencia; estamos haciendo

mención a hechos que por su naturaleza, magnitud, frecuencia e intensidad, hacen que la vida en pareja se convierta en un tormento que imposibilita continuar con la relación matrimonial.

Cuando uno de los cónyuges abandona injustificadamente la casa donde venían habitando los cónyuges por un periodo mayor a dos años continuos o si la suma de dos periodos de abandono excede a este plazo. Entonces estaríamos frente a la deserción de la casa conyugal con la finalidad de incumplir con sus obligaciones. Para que se configure este hecho, tienen que ocurrir los siguientes requisitos: A) probar que el cónyuge que ha sido demandado se haya alejado de la vivienda considerada como común para ambos cónyuges, B) confirmar que la mencionada acción se haya realizado de manera injustificada, C) probar que el abandono por parte del cónyuge infractor se prolongó por más de dos años.

e) El abandono de la casa conyugal sin justificación alguna por un periodo mayor a dos años continuos o cuando la suma de los períodos de abandono supera este plazo.

Se considera a la salida física de la casa conyugal por uno de los cónyuges por un espacio de tiempo mínimo de dos años. El retiro se produjo sin mediar ninguna justificación, este abandono además de físico es también un abandono económico.

Esta causal tiene una connotación muy similar a la separación de hecho, pero hay una diferencia sustancial, debido a que se torna como algo muy complicado que es justificar lo “injustificable” de la salida del cónyuge que abandonó el hogar; para ello, no es suficiente la denuncia policial que haga el cónyuge abandonado.

f) Las conductas deshonrosas que hagan insoportable la vida en común

Vienen a ser los hechos ocasionados por uno de los cónyuges que se tornan como vergonzosos para el otro, tal es el caso de los escándalos, la continua ebriedad y el alcoholismo, frecuentar prostíbulos, los actos u hechos delictivos, la constante infidelidad donde es posible demostrar el adulterio.

Todo ello debe implicar una sucesión de hechos deshonestos, que al ocurrir con frecuencia, afectan la moral personal del otro cónyuge, causándoles un hondo agravio; asimismo, son actos que perjudican sustancialmente la integridad y dignidad de su familia, transgrediendo el aprecio, la estima y el respeto mutuo que debe existir entre ambos cónyuges.

g) El consumo habitual y sin justificación de drogas y/o sustancias toxicómanas

Viene a ser el uso constante de sustancias tóxicas y/o drogas de manera injustificada que genere adicción. Para ello, el consumo debe haberse suscitado después del matrimonio y su consumo debe ser continuo.

Como se puede ver, la vida en común junto a una persona adicta se convierte en una verdadera amenaza, no sólo para su cónyuge, sino también para todos los miembros de la familia que comparten el hogar; por todo ello, la ley pretende obrar con justicia al liberar al cónyuge afectado de una vida totalmente tormentosa.

h) Enfermedad de transmisión sexual grave, obtenida después de matrimonio

Se configura cuando uno de los cónyuges adquiere una infección sexual, que tiene que ser necesariamente grave y que no proviene de su cónyuge, pero que fue adquirida en el periodo de vigencia del matrimonio.

Esta causal precisa sus fundamentos explicando y justificando las razones del divorcio; protegiendo al cónyuge del contagio venéreo producto de tener que convivir con la pareja enferma; evitando así la procreación de hijos con taras mentales. Las denominadas enfermedades de transmisión sexual (ETS), vienen a ser enfermedades infecciosas o parasitarias que se transmiten por contacto sexual: chancro, sífilis, ladillas, herpes genital, gonorrea, VIH (SIDA), etc. La prueba tendrá que ser necesariamente médica.

i) La homosexualidad posterior a la celebración del matrimonio

Se configura mediante el acto sexual realizado por alguno de los cónyuges con otra persona de su mismo sexo, teniendo que haber ocurrido en el periodo de vigencia del matrimonio. Cuando se da la atracción física con personas del mismo sexo, estamos frente a la figura del homosexualismo y el problema objeto del presente análisis ocurre al presentarse en uno de los cónyuges. Tal situación crearía a no dudarlo un estado insostenible para el matrimonio, lo que ha motivado a determinarlo como una causal del divorcio.

j) Las condenas a prisión mayor de dos años por delito doloso, impuesta después del matrimonio

Mediante esta causal se pretende evitar la deshonra del esposo o esposa inocente por la comisión de actos criminales que son repudiables y han sido cometido por su cónyuge, librándole del compromiso y obligación de seguir unido legalmente. La prueba para la fundamentación de la presente causal tendrá que acopiarse del proceso penal que se sigue en contra del cónyuge culpable.

k) Las dificultades para llevar una vida en común, comprobada en un proceso judicial

La causal que estamos analizando consiste en considerar una serie de conductas que causan daño al otro cónyuge las que deben ser perennes y por largos periodos de tiempo.

Al parecer esta causal es la única en donde queda abierta la posibilidad donde pueden incluirse hechos o motivos que no se encuadran en las otras que considera la ley. Como se puede ver es una oportunidad para dar una salida a la pareja que desea finalizar a los conflictos cotidianos. Por ejemplo, los continuos actos de violencia familiar que han sido probadas como en los procesos de alimentos; los reiterados actos de abandono familiar.

l) El alejamiento de facto de los cónyuges por un período ininterrumpido de dos años, si hubiera hijos menores de edad será de cuatro

El juez tendrá que constatar de manera fehaciente que los esposos han decidido en los hechos por separarse el uno del otro, renunciando a la

relación marital de la convivencia, así como de llevar una vida en común, optando por apartarse uno del otro.

m) La separación convencional luego de haber transcurrido dos años después del matrimonio

Este tipo de separación de los cónyuges, conocida como la separación convencional, se podría comprender como aquel acto al que se refiere a una de las causales contempladas en el artículo 333° del Código Civil el cual acepta a los cónyuges, para que de manera conjunta, soliciten la Separación de Cuerpos, debido a que hay entre ellos un mutuo consentimiento.

3.1.8. Efectos del Divorcio:

Como consecuencia del divorcio ocurren una serie de hechos que tienen incidencia en el aspecto personal y también relacionado al patrimonio, estos son:

a) La disolución de la relación matrimonial.

Cuando se da el divorcio el vínculo conyugal queda disuelto, por lo que los cónyuges tienen la libertad de contraer matrimonio con otras personas; sin embargo, en el caso de que la mujer quiera contraer nuevamente matrimonio con otra pareja y aún no hayan transcurrido los 300 días desde su divorcio tendrán que presentar un certificado médico negativo de embarazo o una dispensa judicial. En el caso de haber hijos la persona que quiere contraer nuevamente matrimonio tendrá que presentar el inventario de los bienes de los hijos y posteriormente convocar al Consejo de Familia para que tome la decisión si el ex cónyuge puede continuar o no administrando dichos bienes.

b) La atención de los alimentos.

Si bien es cierto con el divorcio se suspende la obligación alimenticia entre los ex cónyuges, éstos pueden mantener la obligatoriedad alimenticia que está basada en el principio de igualdad de sexos ante la ley contemplada en la Constitución Política. Esto puede darse cuando se dicta el divorcio por culpa de alguno de los cónyuges y la otra parte no cuenta con bienes propios o de suficiente gananciales o no pudiera trabajar para costear sus necesidades de alguna otra manera, en este caso el juez podrá declarar que se otorgue una pensión alimenticia que no sea más de la tercera parte de la renta del cónyuge que tenga que dar. En situaciones graves cualquiera de los ex cónyuges tiene la posibilidad de solicitar la capitalización de la pensión alimenticia y se le otorgue el capital correspondiente. Si alguno de los ex cónyuges se encuentran en situación de indigencia el otro tiene el deber de socorrerlo a pesar de que el beneficiado haya sido el causante del divorcio.

La obligación alimenticia cesa de manera automática en caso el cónyuge alimentista contraiga matrimonio con otra persona; es decir, no hace falta la sentencia judicial, las necesidades del alimentista serán cubiertas por su nuevo cónyuge. Cuando el estado de necesidad cese se puede solicitar la exoneración y de ser el caso incluso el reembolso.

c) El resarcimiento por concepto de indemnización.

Si las causas del divorcio dañaron de manera grave el legítimo interés personal del cónyuge que no lo ocasionó, procederá la figura de reparación por daño moral. La indemnización no se pueda dar de la obligación alimentaria. El daño puede devenir de una injuria grave, violencia física o psicológica, por la comisión de un delito y que ya se haya emitido la condena con pena privativa de la libertad mayor de dos años, comportamientos deshonorosos, consumo de drogas, por ser portador de enfermedades de

transmisión sexual y por homosexualidad. Se otorgará la indemnización con el estudio previo del Juez respecto a las particularidades del caso y las consecuencias generadas en el ámbito social.

d) Gananciales.

Cuando el divorcio ocurre por culpa de alguno de los cónyuges, éste ya no es merecedor de las gananciales que se adquirieran de los bienes del cónyuge inocente; pues si bien es cierto que los cónyuges pueden ingresar al matrimonio con bienes propios, las ganancias que se generen a partir de estos se considera de ambos, por lo que el cónyuge que causó la separación no puede obtener este fruto del otro cónyuge; pues no acató ni ejecutó adecuadamente sus deberes que le correspondían como cónyuge.

Si el divorcio se configura por un abandono injustificado del lugar de residencia conyugal, el ausente ya no puede ser beneficiario de las gananciales, teniendo en cuenta la proporción respecto al tiempo de ausencia. Esto se configura así, teniendo en cuenta que no hubo durante el periodo de ausencia un trabajo conjunto de ambos cónyuges y el desertor no aportó de ningún modo para generar más ganancias dentro de la sociedad conyugal.

e) La herencia

Tal y como menciona el Art. 343 del CC. El cónyuge que ocasiona y sea el culpable de la separación deja de ser merecedor de los derechos hereditarios que le corresponden. Una vez dictado el divorcio ya no corresponde el derecho a heredar entre los divorciados, tal y como se precisa en el Art. 353 del CC.

En este punto se debe de hacer una precisión y diferenciar respecto a la pérdida de los gananciales y la pérdida del derecho hereditario, pues el primero solo alcanza al cónyuge culpable y el segundo afecta a ambos, sin

importar quien ocasionó el divorcio. Respecto a la pérdida del derecho hereditario no hace falta una sentencia, pues una vez que se declara disuelto el matrimonio se pierde el derecho a la sucesión de bienes.

f) Los apellidos

Una vez realizado el matrimonio, la esposa puede adherir el apellido de su esposo al de ella, en concordancia al Art. 24 del CC. Pero cuando se dicta el divorcio ella ya no podrá seguir usándolo. Esto ocurre aún la sentencia no haga mención al respecto.

g) Los Hijos

Cuando se decreta el divorcio, ya es sabido que los descendientes son los más afectados por este quiebre en el hogar, pues son los padres quienes brindan soporte a sus hijos. Existen estudios que determinan las graves consecuencias a nivel emocional y conductual que genera en los niños y posteriormente se ve reflejada en la adolescencia.

Con el divorcio no se ve afectado los lazos de parentesco entre padres e hijos, tampoco se vulneran los derechos que las normas reconocen a favor de los progenitores; en un divorcio convencional donde ambos esposos resultaron culpables el Juez será respetuoso de las decisiones que hayan tomado los progenitores respecto a la patria potestad de los menores y la frecuencia de visitas; pero en caso contrario, si el divorcio se diera por causal, se determinará que los hijos mayores de siete años de edad permanezcan con el progenitor y las hijas con la progenitora, pero esto queda a consideración del Juez. Sin embargo, cuando sólo uno fue quien provocó el divorcio los hijos se quedarán bajo el amparo del que resulte sin culpa.

IV. LEGISLACIÓN NACIONAL

4.1. DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

4.1.1. Antecedentes.

Comúnmente, el divorcio es una figura del derecho que ha sido estipulado dentro de las normas desde los inicios de nuestro país soberano.

El CC. del año 1852, en su artículo 192, menciona una serie de causales que daban origen al divorcio con ausencia de disolución del vínculo conyugal, quedando así éste intacto, mostrándose claramente el poder que ejercía el Derecho Canónico en aquella norma. En 1930, se publicó los Decretos Leyes 6889 y 6890 los cuales fueron incluidos en el divorcio absoluto dentro de nuestra legislación y con aceptación de su reglamento. En 1934 se publicó la Ley N° 7894 con la que se insertó el mutuo disenso como causal. Dichos cambios persistieron con la publicación del CC. del año 1936.

En el año 1984 se promulgó el Código Civil, en el cual no se realizaron muchos cambios en lo que respecta al divorcio, se siguieron considerando como causales al adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la integridad del esposo, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal, la conducta deshonrosa que provoque la convivencia inadecuada de la pareja, el consumo de drogas, enfermedades sexuales graves, homosexualismo y tener condena por algún delito que se haya cometido de manera dolosa y genere pena privativa de la libertad después de celebrarse el matrimonio.

El que se haya añadido la causal de separación de hecho dentro de nuestras normas civiles, la causal de divorcio y la de separación de cuerpos por separación de hecho es añadida a las normas con la Ley N° 27495, dada a conocer el 07/07/2001, después de haber elaborado muchos anteproyectos.

En el proyecto de ley, Varsi, (2004), señala “que fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985”.

De la misma forma Plácido (2006) indica “que es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos”.

Bajo el mismo enfoque, el Proyecto de Ley N° 2552/96-CR ahondaba la proposición, modlando que la causal pudiera ser nombrada después de pasar cuatro años continuos de separación.

Con mayores limitaciones se presentó el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, en el cual solo se podía nombrar la causal de separación de hecho cuando no hubieran hijos con menos de 14 años de edad; pero fue más radical aun el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR el cual aceptaba nombrar la mencionada causal únicamente si no existieran niños a causa del matrimonio y la interrupción de la convivencia fuera mayor a cinco años.

En el 2000, se expusieron siete proyectos de Ley que pretendían se adicionara la separación de hecho como causal de divorcio. Teniendo que mencionar a los Proyectos de Ley Nro. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, éstos querían valerse de varios mecanismos legales para castigar la desobediencia al deber de cohabitación por un largo tiempo, el cual podía estar comprendido hasta cinco años.

La proclamación de la Ley N° 27495, fue enviado al Presidente del Perú – Valentín Paniagua Corazón, quien no la promulgó en el periodo de tiempo contemplado por la Constitución, incumpliendo además el artículo 80 del Reglamento del Congreso, por ende el Congresista que presidía el Congreso en ese entonces indicó que se informe a la Presidencia del Consejo de Ministros para su adecuada puesta en marcha, por lo que se tuvo que enumerar como Ley N° 27495 y fue comunicada el 07/07/20021 en el diario oficial del Perú.

La Ley anteriormente mencionada adicionó la causal de separación de hecho como causante de separación de cuerpos y de posterior divorcio, indicando los requisitos para que se presente la separación continua de los esposos por un tiempo de dos años, siempre y cuando no tengan descendientes que aún no alcances la mayoría de edad, y de cuatro años si la condición antes mencionada no se cumpliera, bajo estos supuestos cualquiera de los esposos puede iniciar la demanda en hecho propio, sin la necesidad de estimar la separación de hecho a la que se genere por temas de trabajo. De existir hijos con menos de dieciocho años de edad, el Juez tendrá que resolver respecto a cuál de los padres cuidará de ellos, y se tomará en cuenta para otorgar la patria potestad a quien esté a cargo de la tenencia, así el otro cónyuge no gozará de este derecho.

También, se adicionó un artículo que mencionaba de manera más detallada (Art. 345-A del CC.) para así reglar la condición específica de demanda basándose en dicha causal. Además, las demandas de divorcio que estaban en proceso basadas en las causales de divorcio tenían la posibilidad de cambiar para ser incluidas en esta actual causal de divorcio.

Esta figura modifica lo que la doctrina a mencionado como una exclusión al principio de irretroactividad de la norma, la cual que se configura en los supuestos que se mencionan a continuación:

- Cuando la norma así lo determine;
- Cuando se trate de normas de derecho público, como el Código Penal;
- En el caso de normas únicamente interpretativas de un mandato anterior;
- En las presuposiciones de mandatos de carácter adicional; o,
- Cuando sea sobre leyes que abarquen la anulación de cierta figura del derecho.

Espinoza (2005), menciona que: “cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se

dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva”.

4.1.2. Concepto.

Aquellas personas que legislaron en el año 1984, concibieron el método mixto, del divorcio sanción, así como del divorcio remedio en el Código Civil y con el arreglo realizado con la Ley N° 27495 del 07/07/2001, se puede decir que el sistema peruano se considera, causales subjetivas o acusatorias inherente del sistema del divorcio sanción, consideradas en los incisos del 1 al 11 del artículo 333° del CC., y de la otra mano las causales objetivas o no acusatorias contempladas en los numerales 12 y 13 del mencionado artículo. Las cuales son exactamente la separación de hecho y la separación convencional, que pertenecen al divorcio remedio, siendo la separación de hecho la que se acomoda mejor a nuestra sociedad.

La separación de hecho como causal cambió su nombre tal como se mencionó: separación de facto o fáctica y rompimiento de hecho, etc., ante esto menciona Plácido (2001), que se refiere a la situación en la que están los esposos, quienes sin la necesidad de una resolución judicial que lo ordene, esto puede ser por voluntad explícita o tácita de una de las partes. Sin embargo, para otros autores, la separación de hecho se refiere a la comprobación indubitable que debe realizar el órgano jurisdiccional para comprobar que los esposos decidieron alejarse mutuamente, olvidando el deber conyugal de la convivencia.

También se puede decir que la causal es la prueba indudable que tiene que hacer el Juez para autenticar que los esposos han escogido en lo ocurrido por alejarse mutuamente. Entonces hablamos de una causal directa, que no busca culpabilizar e irrefutable que decide el divorcio, que se refiere a la culminación del deber de tener una vida juntos sin antes haber una resolución del juez ni motivo de de hacer normal la

convivencia de los casados. De acuerdo al postrimero dictamen final de la Ley, se comprende que para las consecuencias de la utilización del inciso 12 del Art. 333° del CC., no se tomará en cuenta la separación de hecho a la que se genere por motivos de trabajo de uno de los esposos o por causas que no guarden congruencia a una separación como esposos, en cuanto se demuestre la realización de los deberes de alimentación o aquellas acordadas por los esposos.

Por su cuenta, la Corte Suprema, en varias jurisprudencias, ha conceptualizado esta causal como “la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad unilateral de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la exigencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios”. La separación de hecho se basa en múltiples guías extranjeras que, a su criterio, reinciden en una idéntica equivocación. Las personas que legislan y que se pegan a este criterio atienden al vínculo de esposos como algo cercano a la unión libre, mientras persiste únicamente cuando ambos cónyuges desean que suceda así.

Cabanillas (1999), establece que la separación de hecho es la negativa de una vida conjunta dentro del hogar o domicilio conyugal. Configurándose como una acción de desacato del deber al que se comprometió voluntariamente cuando se unieron en matrimonio. La legislación civil peruana que habla sobre el matrimonio, señala bajo la denominación de cohabitación al deber asignados a los esposos de llevar una vida conjunta y en comunidad dentro del domicilio conyugal (Art. 289° del CC.) siendo lo mencionado lo que se infringe. La mayoría de los autores en doctrina catalogan a la separación de hecho como el no

cumplimiento del deber de convivencia o cohabitación por voluntad de cualquiera de las partes o de ambos. Para esto es necesario que ésta no este fundamentada en causas que tengan justificación, como lo son aspectos de salud, laborales, estudios o de fuerza mayor.

4.1.3. Naturaleza Jurídica.

La esencia jurídica de la causal, a primera vista, es la de una clara y puntual, mejor dicho, que basta para que se enmarque con la ratificación del hecho de la conclusión de la convivencia de manera perenne, por el lapso normado en la ley. A pesar de eso, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, acepta de manera no tácita el estudio de las causas que iniciaron dicha separación, al reglar que no se puede conceptuar como la ruptura de la convivencia a la que se ampare en cuestiones de trabajo. De la misma manera, el Art. 345-A del CC hace mención a la indemnización en caso de perjuicio, adicionando el daño a la persona, o la entrega prioritaria de enseres de la sociedad conyugal en beneficio del esposo o esposa que haya resultado con más perjuicios a consecuencia de la separación; en este aspecto, el Magistrado tendrá que definir las acciones que causaron dicha separación, teniendo luego que estudiar los detalles subjetivos de la culpa solo con el objetivo de establecer el origen de la indemnización y la cantidad respectiva.

4.1.4. Elementos:

Dentro de la teoría jurídica peruana se menciona en primer lugar que la separación de hecho tiene tres componentes que la identifican:

a) Elemento objetivo o material.

En este punto hace mención que la certeza de la ruptura perenne y decisivo, sin opciones de continuidad; lo que generalmente ocurre con el distanciamiento real del hogar recurrente por parte de cualquiera de los cónyuges; aún exista la exactitud de que no hubiese obstáculo para que se enmarque (la mencionada separación) cohabitando ambos esposos dentro de la misma casa, sin cumplir la cohabitación.

Luego, respecto a este punto final, el escritor creador cambiaría su postura, mencionando que se apoya en que no hay obstáculo para que la separación se enmarque ocupando ambos esposos en la misma casa, más en cuartos distintos. Empero, en la mencionada suposición no se dejó de cumplir el deber de cohabitación. En concreto, en el mencionado caso no se cumplirían demás deberes entre los esposos, por ejemplo, el respeto mutuo, ayuda espiritual y apoyo económico; todas estas circunstancias, validarían más causales de separación de cuerpos o divorcio, mas no la mencionada.

Por su lado Varsi (2004) menciona que la finalidad es la separación de hecho, es decir, la ausencia de “convivencia y de vida en común” entre los esposos. La separación de hecho compromete no estar presente en el hogar que ambos definieron como tal sin autorización judicial, en otras palabras, basta la voluntad y deseo del esposo que se retira. Tal como se puede observar de los conceptos, en primer lugar, el aspecto material u objetivo de la separación de hecho está definida por la no cohabitación, mejor dicho, por el distanciamiento físico, por cualquiera o ambos cónyuges de la casa en la que vivían juntos. Pero, aquel, que es el origen, se dificulta por ciertas cuestiones.

Cómo punto número uno, es válido plantearse la interrogante respecto a lo que sucede si por alguna circunstancia los esposos jamás erigieron un domicilio conyugal, en los aspectos mencionados por el Art. 36° del CC. En este tema la magistrada Cabello (2001) menciona que el componente material de la causal objetiva se encuentra bajo la suposición que anteriormente estaba retirado de la causal culposa, el fortuito, aunque real, caso de los esposos que por diferentes circunstancias no erigieron casa conyugal, debido a que el desarrollo de sus vidas les obligó a vivir separados por motivos laborales, de estudios, etc. Y que según el régimen antecesor sus aspiraciones de divorcio por tal causal eran decretados improcedentes, mas hoy, basta con la separación de hecho de los esposos sin la necesidad de probar de la casa conyugal admite la figura de este elemento.

La doctora Cabello (2001) propone que es verdad, en primer lugar y en la pluralidad de casos, la separación está simbolizada por el distanciamiento del cónyuge y/o la cónyuge de la casa de conyugal; pero, podría configurarse el caso singular. Bajo esta premisa, tenemos en cuenta que el Juez no podrá pedir la validez de la constitución de la casa conyugal o domicilio conyugal y lo tendrá que corroborar es el alejamiento ya no físico sino el distanciamiento emocional, el desinterés de hacer una vida juntos. Este deseo es lo que termina siendo necesario para la separación de hecho, y no tanto la finalidad del distanciamiento físico, debido a que, podría haber el distanciamiento físico, pero podría haberse generado por causas que tengan excusas válidas como el aspecto laboral, de educación, salud, etc.; y bajo este supuesto no se configuraría la separación de hecho.

Hay otra conjetura que se ha debatido en la doctrina y en la jurisprudencia, y es el tema respecto a si la separación de hecho se enmarca cuando los dos esposos viven dentro de la misma vivienda, pero

en habitaciones diferentes. Como ya lo visualizamos, el docente Plácido, sostiene un argumento opuesto a la separación de hecho en estas circunstancias, ya que no existiría desacato del deber de cohabitación. Sobre el particular, el Tercer Pleno Casatorio Civil, en su fundamento 36, menciona que puede darse por distintos motivos, fundamentalmente por asuntos económicos los esposos tienen la necesidad de vivir en la misma casa, sin embargo, su desistimiento a desarrollar una vida en común, usando así habitaciones diferenciadas, manejando además horarios diferente y teniendo el único vínculo en las comunicaciones sobre los hijos. Al respecto, la separación de hecho no puede ser traducida como no convivir dentro de un mismo inmueble, pero sí como renuncia completa sobre los derechos matrimoniales.

Por lo tanto, lo primordial en la separación, es primordialmente es la suspensión de la vida afectiva y el poco interés por proseguir con la relación conyugal, y no tanto el distanciamiento físico

Como resultado tenemos entonces que, lo fundamental es el distanciamiento físico de los esposos a través del abandono del hogar conyugal; a pesar de ello, este aspecto acepta excepciones; por lo que en los casos mencionados, se tendrá que abrogar la evaluación del elemento objetivo, debido a que la secuela primordial para un divorcio remedio como lo es la separación de hecho es el propósito de no realizar una convivencia, a esto se ha nombrado el alejamiento sentimental, que vendría a ser el elemento subjetivo o psicológico que se detallará en lo sucesivo.

b) Elemento subjetivo o psicológico.

Respecto a este elemento se afirma que está compuesto por la ausencia de intención de juntarse, esto se refiere a la verdadera voluntad

de uno o ambos esposos de no seguir viviendo juntos, terminando así la convivencia a pesar de que algún deber se ejecute; esto presume que la separación de hecho pudo haberse realizado por motivos que no configuran auténticos casos de estado de necesidad o fuerza mayor.

En el Tercer Pleno Casatorio Civil se ha normado en su fundamento 37 que este aspecto se visualiza cuando no hay deseo alguno en uno o ambos esposos para comenzar nuevamente la convivencia conyugal; este aspecto fue colocado a la luz en la tercera disposición transitoria y complementaria de la Ley N° 27495 en su mención respecto a que no se enmarca la separación de hecho cuando ésta se genere por motivos de trabajo. Al consignarse esta disposición complementaria en la norma introductoria de la separación de hecho invocará que la separación se configuró por una causa excusada, tal como es el aspecto laboral.

Entonces, como visualizamos, lo esencial no concierne al distanciamiento físico, sino a la usencia de voluntad de llevar una vida en común; en otras palabras, si dentro del matrimonio existe un distanciamiento físico, saliendo del hogar conyugal, pero por causas laborales, de salud, educación, que no comprometan al menos la voluntad de uno de los esposos de convivir, en consecuencia, no estaremos ante la hipótesis de divorcio remedio, dado que, al continuar la convivencia, a pesar del alejamiento físico, se puede estimar que el lazo matrimonial se encuentra en buenas condiciones, tenido así un matrimonio en ruinas que reparar.

Al incluirse la opción de demostrar que el aspecto material se generó por consecuencia excusada, la doctrina ha señalado que hay un método dual o con postura atenuada. Chiabra (2013) indica que la admisión de la causal de separación de hecho no ha ocurrido únicamente

de manera objetiva desde que se autoriza averiguar sus móviles o que se ha deformado su aspecto objetivo.

Incluso antes del Tercer Pleno Casatorio Civil, este punto de vista ya había sido ratificada por la Corte Suprema, en la Casación 1762-2008 Lima Norte. En ese momento se determinó que la Sala Superior había analizado equivocadamente el inciso 12 del Art. 333° del CC. cuando rechazó la probabilidad del divorcio por separación de hecho cuando los esposos habitaban en habitaciones distintas, aunque sea dentro de una misma vivienda por más de diez años y que lo único que mantenían en común era la infraestructura física que los albergaba. En consecuencia se señaló que no es imprescindible que el distanciamiento físico de uno de los esposos únicamente se genere cuando éste se marche o se aleje del hogar conyugal mencionando que incluso puede configurarse la separación de hecho cuando se presenten acciones que muestren que aun viviendo en la misma casa los esposos no tienen una vida compartida en deberes y obligaciones para el fortalecimiento del hogar; mientras que en contraposición hay división entre los esposos, dado que cada esposo lleva y maneja su vida de manera apartada.

c) Elemento temporal.

Por último, este elemento es aquel que menos polémica a causado. Varsi (2004) indica que dicho elemento abarca dos caras; el primero hace mención al lapso de tiempo que estará sujeta a si hay hijos menores de edad o mayores, dicho tiempo está comprendido entre 2 o 4 años, y el segundo alusivo al aspecto continuo que debe tener el mencionado periodo.

En el fundamento 38 del Tercer Pleno Casatorio, se señala que el elemento temporal está modelado por la demostración de un lapso de tiempo mínimo de separación entre los esposos, la interrogante que se generaría sería si el aspecto continuo se vería amenazado por mantener relaciones sexuales

ocasionales entre los esposos o inclusive por tener un nuevo hijo en el periodo de la separación de hecho. Entonces, como el elemento primordial es la voluntad de no llevar una vida en común, se considerará cortado el lapso que regula la norma para otorgar el divorcio por esta causal, siempre y cuando las relaciones sexuales que mantengan sean esporádicas y no frecuentes, ya que esto no connotaría la voluntad de rehacer la vida conyugal.

Finalmente, respecto al periodo que tiene que pasar para que se conforme la causal, tal como lo visualizamos en los proyectos de Ley que originaron la incorporación de la separación de hecho, se consideró el interés superior del niño y adolescente, para demandar un periodo más alto en el caso de que los esposos tengan dos hijos menores de edad. De la misma manera, para definir el periodo de dos años, se consideró como guía la causal de abandono injustificado del hogar común, lo que puede simular ser adecuado por un tema de igualdad de la legislación y por ser un periodo cauteloso para que los esposos ratifiquen su convicción de vivir separados.

d) Diferencia con Otras Causales.

Teniendo ya determinado la separación de hecho como la suspensión de la cohabitación de los esposos por deseo de alguno de ellos o de ambos, sin aducir la culpa imputable a alguno de los cónyuges, a no ser para la decisión de las consecuencias del decreto del divorcio, la disimilitud entre esta causal con las otras estipuladas dentro de la categoría del divorcio sanción es clara, desde que el rompimiento del lazo no se menciona a raíz de la comprobación de un accionar doloso o culposo del otro esposo (tal como el adulterio, y el maltrato físico o psicológico, la injuria grave o el ataque contra la vida del otro, etc.), mas bien el deseo de juntarse, sin ahondar en la indagación de las causas que lo incitaron. Sin embargo, como ya se mencionó, en el divorcio sanción, las causales son acusatorias y, por ende, se tiene que determinar el factor de competencia que sea par a la causal específica según sea el caso.

d1. Con la Causal de Abandono Injustificado del Hogar Conyugal.

Esta causal se modela con el abandono físico o material de la casa conyugal por uno de los esposos, con la finalidad de retirarse de manera dolosa y a sabiendas del deber de las obligaciones conyugales. Como se observa, para la conformación de esta causal no es suficiente el distanciamiento físico del hogar común por parte de uno de los cónyuges, pues además se necesita del elemento subjetivo relacionado en el retiro deliberado, adrede y con libertad de los deberes matrimoniales, que no abarca únicamente la cohabitación, sino además la manutención con los alimentos, etc. lo que no se requiere para que se de la causal de separación de hecho, pero para que proceda la última causal mencionada, se requiere al demandante que tenga sin deudas ni pendientes sus obligaciones alimentarias.

d2. Con la Causal de Imposibilidad de Hacer la Vida en Común.

Hinostroza (2005) señala que esta causal se entiende a modo de una causal sobrante, puesto que en ella se pueden comprender acciones no estipuladas literalmente en los otros incisos del Art. 333° del CC., a pesar de que algunos escritores indican que principalmente indica a la no compatibilidad de caracteres entre los esposos a un nivel que no sea factible la convivencia debido a los constantes problemas suscitados entre los esposos.

Para que se enmarque esta presunción, no se necesita que los esposos, al día que presenten la demanda, estén separados físicamente, a diferencia de la exigencia cuando se configura la

causal de separación de hecho, pudiendo así seguir con la convivencia actual hasta que se declare la separación definitiva.

4.1.5. Efectos de la Separación de Hecho:

- a) Como primer resultado de la separación de hecho teniendo como causal de divorcio es la anulación del lazo conyugal y, además, el fin de los derechos que el derecho determina, que provienen del matrimonio, tales como: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua.

Lo mencionado viene del Art. 24° del CC. que menciona: la esposa posee el derecho a recibir el apellido de su esposo sumado al de ella y mantenerlo a no que contraiga nuevas nupcias. Se suspende esta facultad cuando se configura el divorcio o nulidad de matrimonio. Si el caso fuera la separación de cuerpos, la esposa mantiene su derecho a conservar el apellido del esposo. Si existiera disputa el Juez es el llamado a resolver.

- b) Como segundo resultado de la separación de hecho como causal de divorcio está vinculado respecto a la economía del varón o mujer que termine perjudicado.

La legislación peruana plantea que el Juez ampare por el esposo o esposa que resulte con más perjuicios y para esto puede aplicar dos alternativas:

- La primera manera es a través de la entrega de una suma de dinero a manera de indemnización adicionando el daño personal.
- Y la segunda es la entrega preferencial de uno o más bienes del matrimonio.

- c) Con relación a la patria potestad y derecho alimentario, el Juez determinará en la sentencia las peculiaridades del desarrollo de la patria potestad, los alimentos para los hijos y lo de la esposa o del esposo,

teniendo en cuenta las necesidades de los hijos menores de edad o lo que los esposos decidan.

- d)** La culminación de la sociedad de gananciales establece tres etapas. Según Álvarez, (2012), la etapa número uno abarca la elaboración de una lista donde se determine el precio de los bienes del matrimonio, la segunda parte determina los descuentos de pagos o deudas pendientes de urgencia y como última etapa se tiene la separación de los gananciales en dos partes iguales entre los esposos o sus herederos; por lo tanto, al culminar el vínculo de la sociedad de gananciales, se tendrá que liquidar, determinando así una lista de bienes donde se diferencie entre los propios y aquellos pertenecientes al matrimonio.

4.1.6 El Tercer Pleno Casatorio Civil y la Separación de Hecho e Indemnización o Adjudicación Preferente:

a) Cuestiones Generales:

a1. Divorcio Remedio

No es pertinente que en esta causal se mencione que la separación es asignable a uno de los esposos, ya que es acerca de un asunto de divorcio remedio, por ende, es vano para la resolución la demostración de los hechos o antecedentes que encaminaron la separación. El Juez tendrá que contenerse a únicamente constatar el término decisivo de la cohabitación por el tiempo determinado (Cas. N° 1124- 2011-Lima, 31/05/2011, El Peruano, 03/11/2011).

a2. Diferencia con el Abandono Injustificado.

Se tuvo un caso en el cual se demandó planteando dos causales: el abandono injustificado del hogar conyugal y la separación de hecho. La sentencia casatoria determinó que el juicio de hecho, desarrollado por el Juez donde el demandante habría incurrido en contradicción al pedir en la demanda de manera paralela ambas causales de divorcio, teniendo como resultado un acto equivocado debido a que cada una de las causales mantiene su propia naturaleza, elementos, requisitos y causas jurídicas (Cas. N° 2264-2010-Huaura, 25/05/2011, *El Peruano*, 03/11/2011).

La disparidad se visualiza también, en el considerando 40 de la sentencia sobre en el Tercer Pleno Casatorio Civil, y en dicho texto se menciona que la causal de abandono sin justificación del hogar conyugal se realiza al dejar de forma material o física el domicilio conyugal por uno de los esposos, con el fin de librarse de manera dolosa y en pleno uso de las facultades mentales del hacer de los deberes del matrimonio. Por ende, no es suficiente el distanciamiento físico del hogar o domicilio conyugal por parte de uno de los cónyuges, pues además se requiere del elemento subjetivo que se basa en la sustracción deliberada, premeditada y franco de los deberes del matrimonio.

b) Plazo:

b1. Prueba del plazo.

En la Cas. N° 2732-2010-Ica, 22/06/2011, *El Peruano*, 30/11/2011, no se consignó como elemento probatorio objetivo

y suficiente, los hechos presentados en el proceso acerca de alimentos y aumento de los mismos llevado entre los cónyuges, a fin de corroborar adecuadamente el cumplimiento o no de la separación interrumpida por el periodo de dos años.

C) Acreditación de Cumplimiento de Alimentos:

c1. Pensión líquida.

Al respecto la Sala Civil Transitoria hablo respecto un asunto de separación de hecho en cual solo había con anterioridad una oferta de liquidación de pensiones alimenticias vencidas en responsabilidad del demandante de la separación, mas no existía resolución que autorice su pago ni pedido para su ejecución. La Sala dispone que no se podría presionar al demandante en el juicio de divorcio por separación de hecho, a la realización de una obligación alimentaria, es decir, que no tengas deudas pendientes de sus obligaciones sobre alimentos, al no haber sobre el pedido de la parte demandada sobre pago de pensiones de alimentos vencidas, resolución judicial que autorice el pago de las mismas o, al respecto pedido alguno para su cumplimiento. Por ende, al no tener ni un pedido formal, ni la resolución judicial que solicite el pago proveniente de la mencionada liquidación de pensiones vencidas, no estaría bien exigirle al recurrente, la realización del requisito para que proceda la causal de separación de hecho (Cas. N° 3944-2010-Lima, 14/10/2011, *El Peruano*, 31/01/2012).

d) Indemnización o Adjudicación Preferente:**d1. Obligación legal diferente de la responsabilidad civil.**

Este aspecto ha sido de los más debatidos, originando distintas posturas en la doctrina y jurisprudencia respecto el cimiento de la diferenciación o no entre indemnización y resarcimiento. A raíz de la sentencia que recayó sobre el pleno se instauró como antecedente vinculante la regla N° 6, a través de la cual se comprende que la indemnización o la adjudicación preferente tienen la esencia de una obligación legal, este sostén no está determinado por la responsabilidad civil contractual ni por la extracontractual, al contrario, está dada por la igualdad y la ayuda empática familiar.

A causa de eso, se determina que la indemnización a la cual hace mención el artículo 345-A del CC. no se enmarca en los elementos subjetivos de dolo o culpa que conforman un aspecto de obligación legal (Cas. N° 3808-2010-Lima Norte, 10/10/2011, El Peruano, 31/01/2012).

Además, se sigue teniendo en cuenta el considerando 59 de la sentencia del pleno al establecer que para establecer la indemnización no se necesita el concurso de todos los estímulos de la responsabilidad civil común: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución. En este caso no es necesario determinar aspecto de atribución, como es el caso del dolo o la culpa de manera rígida, ni la conducta antijurídica como condición de origen de esta indemnización.

En contra posición, terminan siendo imprescindible que exista la correspondencia de causalidad entre el perjuicio económico y la afectación personal con la separación de hecho y, en el hecho con el divorcio (Cas. N° 3808-2010-Lima Norte, 10/10/2011, El Peruano,

31/01/2012 y Cas. N° 958-2010-Puno, 20/06/2011, El Peruano, 29/02/2012).

d2. Reglas con Carácter de Precedente Judicial Vinculante:

- Los Jueces tienen posibilidades y funciones protectoras en el desarrollo y decisiones de los procesos de familia, es por este motivo que es necesario brindar las facilidades para la aplicación de ciertos principios y normas procesales como por ejemplo en las de impulso de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión o acumulación de pretensiones.
- Los jueces tienen la facultad de indicar una indemnización por daños, ya sea que este haya sido solicitado o se inicie de oficio, el cual debe de contener el daño a la persona, o de no ser el caso podrá disponer la adjudicación preferente de bienes comunes del matrimonio, sin influir en la pensión alimenticia que se le podría asignar.
- Tal como lo establece nuestra legislación peruana, en caso de existir daño moral se puede pedir una indemnización.
- La indemnización en caso de daños o la adjudicación preferente comprendidos en los actos postulatorios puede ser solicitada por una de las partes del proceso, la parte solicitante lo puede realizar dentro de la pretensión accesoria o en el momento de la reconvención, pero también podrá suceder que el solicitante emita su renuencia de manera expresa sobre estos puntos. Aún después de darse los actos postulatorios es posible realizar el pedido.

- Mientras el proceso es esté desarrollando en primera instancia, el juez a cargo puede pronunciarse sobre estos aspectos, esto con la condición que la parte solicitante haya invocado hechos evidenciables respecto a los daños como consecuencia de la separación de hecho o del divorcio. Dichos hechos incluso pueden ser invocados y manifestados después de los actos postulatorios. El juez otorgará al otro cónyuge un tiempo considerable para que pueda emitir pruebas adecuadas, en caso ya se haya realizado la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se pueden presentar y actuar inmediatamente.

d3. Relevancia de la Culpa.

Durante el periodo donde el Juez decide sobre el aspecto de fondo para otorgar la razón a alguna de las partes, el magistrado puede determinar si la culpa o dolo es suficiente para así evaluar el grado de los perjuicios y determinar la suma de la indemnización que beneficiará a la parte más dañada; entonces, no se podría decir que el dolo o la culpa no son estimaciones indispensables para que se configure la causal de separación de hecho para ser beneficiado con el monto indemnizatorio (Cas. N° 2602-2010-Arequipa, 01/07/2011, El Peruano, 02/01/2012).

d.4. Reglas con Carácter de Precedente Judicial Vinculante.

- a. Se tendrá que fundamentar fehacientemente sobre los perjuicios de una de las partes para que el Juez decrete que existe tal condición; caso contrario, resolverá basándose en la inexistencia de las pruebas que lo acrediten.

- b. Durante este tipo de procesos se asegura la tutela jurisdiccional efectiva y el principio del debido proceso, en especial se garantiza que los dos cónyuges tengan igualdad de oportunidades para ejercer su derecho a la defensa, y si no están conformes con el fallo del Juez pueden acudir a una instancia superior.
- c. Una vez que se haya determinado la omisión del pronunciamiento expreso a cerca de la existencia o no de la parte más dañada el magistrado del Juzgado Superior adicionará la resolución proveniente del Juzgado Civil, esto se dará siempre y cuando la explicación necesaria se evidencie de alguna manera en los considerandos de la sentencia apelada.
- d. Cuando se configura la indemnización por daños o en su defecto la adjudicación de bienes, se realiza con el objetivo de resarcir un claro desbalance sobre las posibilidades económicas, siendo estas dos figuras obligaciones amparadas por la legislación peruana. La diferencia económica que se mencionó deviene de la acción del divorcio o separación en sí, sin argumentarse en la responsabilidad civil, pero sí en la igualdad familiar.

d.5. Indemnización y Adjudicación Preferente son Excluyentes.

El Juez quien lleva el caso tendrá que indicar el monto o suma de la indemnización o de ser el caso precisar la adjudicación preferente de los bienes del matrimonio, tal como lo menciona el Art. 345-A del CC. Con el argumento de esta norma, se sostiene que sólo se puede optar por cualquiera de las dos; es decir, por la indemnización o la adjudicación, pues la

norma citada utiliza el término “u” (Cas. N° 1814-2010-Lima, 18/05/2011, El Peruano, 02/11/2011).

4.2 INDEMNIZACIÓN.

4.2.1. Perjuicios Indemnizables.

Se ha determinado que los daños por los cuales se pide la indemnización a raíz de la separación de hecho tienen que estar sustentados en aquellos perjuicios que se hayan ocasionado antes de iniciar la demanda y además aquellos surgidos a partir del nuevo ambiente originado por el divorcio en sí (Cas. N° 3808-2010-Lima Norte, 10/10/2011, El Peruano, 31/01/2012).

4.2.2. Daño Moral.

En relación a los aspectos insertados dentro de la indemnización, se precisa de manera precisa en la regla N° 2 que funciona como antecedente vinculante sobre la mención de que el daño moral se indemniza y está relacionado e incluido en el daño a la persona.

Según lo mencionado líneas arriba, se ha manifestado que el daño producido incluye el daño moral, representado por las adversidades, penas, adversidades, padecimientos, alteraciones psicológicas que el cónyuge más perjudicado pueda sufrir (Cas. N° 958-2010Puno, 20/06/2011, El Peruano, 29/02/2012).

Como antecedente tenemos que en una sentencia casatoria se otorgó un monto indemnizatorio tras el divorcio por causal de separación de hecho, esto se realizó teniendo en consideración distintas situaciones, y dentro de ellas podemos encontrar el daño moral ocasionado a la cónyuge que no inició la demanda tras haber su nivel social al declararse el divorcio, pues en el caso

particular estaba dejando de ser esposa de un general de brigada en retiro, argumentando que esto le producía a la mujer un estado emocional de depresión (Cas. N° 3464-2010-Lima, 03/10/2011, El Peruano, 29/02/2012).

4.2.3. Monto Indemnizatorio.

Se puede establecer el monto o la suma que será entregada a manera de indemnización a la parte afecta bajo el sustento en especificaciones objetivas. Además de analizar las diversas circunstancias se tiene en cuenta la edad del cónyuge perjudicado, el estatus económico del ocasionante del daño y demás aspectos de la parte afectada. (Cas. N° 24502010-La Libertad, 15/06/2011, El Peruano, 30/11/2011).

En otro caso se puede observar que el Juez tomó la decisión respecto a la cantidad que se fijaría para la indemnización teniendo en cuenta que el cónyuge perjudicado ya contaba con parte de los bienes matrimoniales y obtenía beneficios de estos, como el dinero de los alquileres de los inmuebles, además los hijos apoyaban a la indemnizadas (Cas. N° 3464-2010-Lima, 03/10/2011, El Peruano, 29/02/2012).

4.2.4. Adjudicación Preferente.

A Pesar de que por lo general los casos de divorcios suelen terminar en pedidos de indemnización, hay algunos en los que se solicitaron la adjudicación preferente de bien social a favor del cónyuge dañado.

Como primer ejemplo tenemos el Cas. N° 1809-2010 Lima, 17/05/2011, El Peruano, 30/01/2012; en el cual se declaró que al entregar un inmueble a la parte más dañada se ampara también a los hijos que resulten dañados.

En la Cas. N° 2186-2011-Arequipa, 05/07/2011, El Peruano, 30/11/2011 se determinó adjudicar un inmueble adquirido en el matrimonio a la parte más dañada quien además demostró que se le estropeó los proyectos de vida que se había trazado por lo que le ocasionó problemas psicológicos graves.

4.2.5. Criterios para Otorgar Indemnización o Adjudicación.

Lo sentenciado en el Tercer Pleno Casatorio Civil puso énfasis en los aspectos para asignar la indemnización o adjudicación de bienes. Es por eso que en su regla N° 4 se menciona que del proceso tiene que autenticarse y determinarse las pruebas, presunciones e indicios que corroboren el estado de más dañado a raíz de la separación de hecho o del divorcio de la parte que así lo sustente. Para tal motivo se precisa que el Juez tendrá que observar lo siguiente:

- ✓ El nivel de daño emocional o psicológica;
- ✓ La tenencia y custodia real de los hijos menores de edad y la entrega a las labores de la casa,
- ✓ Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado;
- ✓ Si ha a consecuencia de lo sucedido está en una clara situación económica desfavorable y perjudicial con relación a la otra parte y a la condición que tenía en el matrimonio, entre otros aspectos importante.

Estos puntos de vista han sido realizados por la justicia.

a) Cónyuge que demanda por alimentación.

Existe un caso en el cual se aplicó la exoneración de alimentos, esto se determinó indicando que la obligación alimentaria que beneficiaba a la parte demandada no era de la voluntad de los cónyuges, por el contrario

que se originaba de un mandato judicial, por lo que se conjetura que existe incumplimiento del obligado y el daño generado en la parte perjudicada por la separación de hecho, y fue ella quien tuvo que acudir a un proceso con el objetivo de obtener los alimentos para sobrevivir. A esto se suma que luego, el esposo demandó que se le eximiera el deber de los alimentos, pero esto procedió únicamente con relación a los hijos y no con su esposa, debido a que se señaló que la prestación alimentaria continuaba a favor de ella. De este modo se evidencia la desventaja económica de la mujer (Cas. N° 4136-2010-Apurímac, 24/10/2011, El Peruano, 31/01/2012).

Del mismo modo en la Cas. N° 2965-2010 Lima, 07/06/2011, El Peruano, 30/01/2012, quedó evidenciado que la esposa terminó económicamente en una posición menos favorable que la otra parte, pues se vio en la necesidad de iniciar la demanda de alimentos para sus hijos tras el incumplimiento del cónyuge.

a.1. Reglas con “Carácter de Precedente Judicial Vinculante”.

El magistrado tendrá que observar, según sea el caso, si se configuraron algunos de estos aspectos:

- ✓ El nivel de daño emocional o psicológica.
- ✓ La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y el trabajo en el hogar.
- ✓ Si el cónyuge dañado tuvo que iniciar una demanda de alimentos para él y sus hijos menores de edad, tras la falta del cónyuge obligado.
- ✓ Si ha quedado en una evidente desventaja económica y perjudicial con relación la otra parte y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

b) Atención del Hogar.

Se genera una desventaja en la economía tras la separación de hecho si la cónyuge no realizó algún trabajo del cual perciba ingresos económicos y tampoco realizó estudios superiores o técnicos que le den la oportunidad de ejercerlo para así cubrir sus necesidades básicas, entregándose íntegramente a las actividades del hogar y a velar por sus hijos.

Esto influyó en que la mujer no pueda aspirar a mejores condiciones de desarrollo personal, teniendo como arrastre que cuando se efectuó la separación, no tuvo los medios para generar sus propios ingresos, teniendo que optar por realizar trabajos manuales para adquirir los recursos necesarios para su alimentación a la de sus hijos (Cas. N° 3808-2010-Lima Norte, 10/10/2011, El Peruano, 31/01/2012).

c) Pérdida de servicios Atenciones Médicas

Se observó también, que a consecuencia del divorcio se pierde el seguro médico, poniendo así en una condición más vulnerable a la cónyuge.

4.3. CUESTIONES PROCESALES**4.3.1. Pronunciamiento sobre existencia o inexistencia de cónyuge perjudicado.**

La regla N° 3.4 con condición de vinculante menciona que el Juez deberá indicar si hay algún cónyuge que se pueda denominar como la parte más dañada, y esto estará en relación con las pruebas respectivas, y declarará la inexistencia de esta condición cuando no se hayan probado los elementos necesarios para su ratificación.

A pesar de esto, existen fluctuaciones al respecto. ES así que tenemos, en la Cas. N° 1124-2011-Lima, 31/05/2011, El Peruano, 03/11/2011, donde se menciona que la determinación del monto indemnizatorio a favor de la parte más dañada con la separación determina n mandato legal, siempre y cuando haya un pedido tácito en los actos postulatorios o petitorio implícito, regulándose con la evaluación de todos los medios probatorios presentados debidamente.

Un concepto distinto menciona que en el Art. 345-A no exige de manera obligatoria al Juez de la causa a determinar cuál de las partes es el más dañado o no, esto debido a que su poder llega únicamente para amparar económicamente a la parte más dañada a consecuencia de la separación de hecho, y teniendo en cuenta en todo momento que se sustente con los medios probatorios debidos (Cas. N° 2760-2010-Arequipa, 22/06/2011, El Peruano, 30/11/2011).

4.3.2. Evaluación de Oficio.

El fallo de oficio de la misma manera es aceptado como antecedente vinculante en las reglas 2, 3.2 y 4. Por ende, se determina que es necesario valorar de oficio si realmente existe el esposo o esposa perjudicado, esto debido a que en el Art. 345-A del CC. se establece guía procesal la determinación de oficio del monto de la indemnización basada en el estado de una de las partes, a raíz de la separación de hecho (Cas. N° 29492010-El Santa, 02/06/2011, El Peruano, 30/01/2012).

a) Deber de Motivación.

Se mencionó también, que cuando el Juez tenga la posibilidad amparada en la norma de determinar una indemnización o, caso contrario, a establecer la adjudicación preferente de los bienes producto del matrimonio, esta mencionada capacidad en ningún caso puede

carecer de la motivación que requiere toda resolución emitida por órgano judicial (Cas. N° 2450-2010-La Libertad, 15/06/2011, El Peruano, 30/11/2011).

4.3.3 Perspectiva de Género

Por último, veremos que resultó ser muy resaltante la decisión de un caso, debido a que optó una posición de género para determinar el final de un caso de separación de hecho. En ese aspecto, determina que restringirse a decidir la separación de hecho, sin considerar la justicia de género, refiriéndose a la condición de mujer de la parte demandada, configuraría un aspecto de discriminación hacia la mujer en relación al esposo que dejó el hogar y no cumplió con sus obligaciones que le correspondían, después de unos años, pedir el divorcio por causal de separación de hecho. El mencionado suceso infringe la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) la cual ratificó nuestro país, debido a que en nuestra Constitución Política contiene artículos referentes a los derechos humanos, por consecuencia sí amerita otorgar una indemnización (Exp. N° 00005-2011-0-0-1101-SP-FC-01, Sala Especializada Civil de Huancavelica, 14/11/2011).

V. JURISPRUDENCIA

5.1. Casación N° 1120-2002 - Puno 10 de enero de 2003

(..) Cuarto. – “Que, como se advierte, el objeto de la ley acotada es precisamente no limitar la capacidad de accionar a ninguno de los cónyuges. Que, si bien el primer párrafo del artículo trescientos cuarenta y cinco-A del Código Civil, señala que para incoar esta acción quien demanda deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo, es preciso acotar que esta norma le impone una restricción a aquel obligado que pretenda incoar la demanda.”

(...) Sexto. – “Que, el Colegido Superior considera que sólo puede accionar quien propicia la interrupción de la convivencia conyugal, interpretando así el Ad -que el inciso duodécimo del artículo trescientos treinta y tres y el artículo trescientos cuarenta y cinco -A del Código Civil”

(...) Séptimo.- “Que, al respecto deben hacerse las siguientes precisiones; en primer lugar, la separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado (Sic) y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios, pues en este caso expresamente no resulta aplicable el artículo trescientos treinta y cinco del Código Civil.”

(...) Octavo. – “Que, por consiguiente, ni el inciso duodécimo segundo del artículo trescientos treinta y tres ni el artículo trescientos cuarenta y cinco A del Código Civil del Código Civil limitan la acción de divorcio únicamente a quien unilateralmente haya invocado la separación de hecho. Por consecuencia, han sido interpretadas en forma errónea las referidas normas”

(...) Noveno. – “Que, conforme a lo expuesto cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción conforme a la causal bajo estudio; más aún si tenemos en cuenta que ambos cónyuges disfrutaban de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminado por ninguna razón, según lo contempla el inciso segundo del artículo dos de la Constitución Política del Estado.”

5.2. Casación N° 606-2003 - 11 de julio de 2003 (El Peruano 01/12/2003)

(...) Quinto. – “Que, en efecto el artículo trescientos cuarenta y cinco -A del Código Civil dispone textualmente. “Para invocar el supuesto el inciso doce del artículo trescientos treinta y tres el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en los pagos de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables al cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro, trescientos cuarenta y dos, trescientos cuarenta y tres, trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos en cuanto sean pertinentes”

(...) Sexto.- “Que interpretado dicho texto debe precisarse que por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges, que

no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio.”

VI. DERECHO COMPARADO

6.1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BRITÁNICA

Las normas actuales que regulan el divorcio en Inglaterra tuvo su origen en la “Divorce Reform Act del 22 de octubre de 1969”. En este sentido la legislación inglesa fue la primera en terminar con el concepto acostumbrado del “divorcio-sanción” denominado también por culpa, que conllevó al establecimiento de una nueva para establecer una nueva corriente, conocida como el “divorcio-remedio”. “La Matrimonial Causes Act de 1973” precisa como como la única causa para que se dé el divorcio, a la “irretrivable breakdown of marriage” de esta manera se produce la irremediable ruptura del vínculo conyugal; sin embargo, las pruebas de dicha ruptura solamente pueden obtenerse a través de la acreditación de los hechos expresamente señalados en la ley. A continuación, señalamos cada una de ellas:

- Los actos de adulterio cometidos por el imputado y las circunstancias que para el agraviado constituyan eventos intolerables como para seguir viviendo con su cónyuge;
- Las actitudes y comportamientos del demandado que hacen absurda la convivencia y la relación matrimonial;
- Cuando el demandado abandona el hogar por un período no menor de dos años;
- Cuando la separación de cuerpos o llamado también separación de hecho ocurre por un período no menor a dos años y cuando el demandado acepta el divorcio; y finalmente,
- En las circunstancias en que la separación de hecho de los esposos por períodos mayores a cinco años, en los casos en que el demandado no acepta el divorcio.

Cabe precisar que, en 1984, se produjeron modificaciones sustanciales a la mencionada legislación, facilitando a los esposos para que obtengan el divorcio; por cuanto, se produjo la disminución de plazos de tres y cinco años a solamente un año.

6.2. EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

En España la figura jurídica del divorcio fue incluida a través de la Ley N° 30/1981 de fecha 7 de julio de 1981, la misma que introdujo una serie de modificaciones a la normativa relacionada con el matrimonio contemplado en el Código Civil; durante el análisis de las normas hubo muchas reseñas a la noción del **divorcio-remedio**. En cuanto al Código Civil de España, existe una hipótesis secundaria del divorcio que la aborda como una condena criminal, considerando la ruptura del matrimonio como un elemento objetivo y capaz de ser comprobado judicialmente: la separación de los esposos al que la norma define como el cese efectivo e ininterrumpido de la convivencia entre los esposos. En tal sentido, señalaremos a continuación a las causas del divorcio:

a) El divorcio por culpabilidad

La norma precisa que cuando se ha emitido la condena con sentencia firme al atentar en contra de la vida de su pareja, familiares ascendientes o descendientes, es causal para que se dé inmediatamente el divorcio. El presente supuesto no exige como condición necesaria la acreditación, ni durante el plazo de separación, tampoco en el quiebre irremediable del matrimonio.

b) El divorcio debido al cese de convivencia

En este aspecto el Código Civil considera una diversidad de plazos, los que tienen diversos periodos de tiempo que van de uno a cinco años. Para que se pueda admitir como procedente al divorcio, por el cese de la relación matrimonial, podemos señalar a los siguientes:

b1. Período de un año. Para que se admita esta circunstancia se debe tener en cuenta que el referido plazo se contabiliza a partir de la interposición de la demanda; por tanto, el divorcio va a resultar en dos supuestos que se encuentran tipificados en los numerales (1) y (2) del artículo 86° del Código Civil.

b.2. Periodo de dos años. El numeral (3) del artículo 86°, precisa como causales a las siguientes:

- Cuando ocurra la separación de hecho que se ha consentido de manera libre por ambos esposos, el plazo corre a partir del mencionado asentimiento.
- En caso se esté realizando un proceso de separación que ha sido admitido judicialmente, el plazo tendrá que ser contabilizado a partir de la firmeza de la resolución judicial.
- Tenemos otro caso en el que si uno de los esposos no concurre a las audiencias a quien se ha declarado reo ausente, entonces el plazo de dos años corre a partir de la declaración judicial.

b.3. Periodo de cinco años. – Que se encuentra contemplada en el numeral (4) del artículo 86° de la norma, la misma que contempla el cese definitivo de la relación marital conyugal en el periodo de tiempo de por lo menos cinco años, a pedido de cualquiera de los esposos.

c) El divorcio imputado a la culpabilidad y cese de la convivencia

En esta forma única de combinación de criterios objetivos y subjetivos, el Código precisa que el cónyuge que solicita el divorcio acredita que, ante el inicio de la separación de cuerpos, su cónyuge se encontraba incurso en causalidad de separación; por infidelidad, conducta injuriosa o vejatoria, abandono de hogar, violación de deberes conyugales o paternos, condena

a prisión mayor a seis años, toxicomanía, alcoholismo o alteraciones mentales; por tanto, el juez podría interrumpir la relación matrimonial; toda vez que el cese efectivo de la relación marital superó los dos años (artículo 86.3°.b).

6.3. LEGISLACIÓN ECUATORIANA

En Ecuador la legislación relacionada al divorcio contempla cada uno de los aspectos por las que termina el matrimonio, y el divorcio es una de ellas, así tenemos:

- Por el fallecimiento de alguno de los esposos;
- Debido a sentencias ejecutoriadas que declaren la nulidad del vínculo matrimonial; o
- Por sentencias ejecutoriadas que conceden la propiedad definitiva de todos los bienes del cónyuge que desapareció.
- Por la comisión de adulterio por parte de algún cónyuge;
- La sevicia;
- Por injuria graves o actitudes hostiles que manifiesten fehacientemente la falta de comprensión e incompatibilidad de caracteres para llevar una vida en común;
- Por graves amenazas de un esposo contra la vida del otro;
- Por tentativas de alguno de los cónyuges contra la vida del otro, que puede ser como autor e inclusive también como cómplice;
- Toda acción que se realiza con la finalidad de corromper al otro e inclusive a los hijos;
- Por el padecimiento de algún conyuge de enfermedad grave, contagiosa e incurable que pueda ser transmitida a la prole, lo que tiene que ser certificada por tres médicos, nombrados por el juzgador, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;
- Por la embriaguez o toxicomanía consuetudinaria por parte de alguno de los cónyuges;

- Por condenas ejecutoriadas a prisión mayor; o
- Por el abandono voluntario y de manera injustificada de su cónyuge, por un periodo mayor a un año de ininterrumpidamente.

6.4. LEGISLACIÓN ARGENTINA

La legislación argentina mantuvo una interesante perspectiva; por cuanto, previo, a la Ley N° 2393 de 1889, la misma que reglamentaba el “divorcio no vincular”, el cual admitía a los esposos vivir separados, sin ninguna posibilidad de contraer nuevamente un vínculo matrimonial, pues ellos mantenían la condición de casados entre sí. Esta circunstancia cambió desde 1987, mediante la Ley N° 23.515 que implantó en su Código Civil como una figura jurídica distinta, pero que estaban conectadas, la separación de cuerpos y el divorcio, la que en nuestros tiempos se torna más eficaz para la disolución del matrimonio.

1. **El divorcio por culpa:** Es este contexto se aplica las causas establecidas prescritas en el artículo 202°. Siendo estas:
 - ✓ El comportamiento adúltero;
 - ✓ Las tentativas de alguno de los esposos contra la vida del otro o de sus hijos, comunes o no, ya sea como autor principal, cómplice o instigador;
 - ✓ La incitación de uno de los esposos para cometer delitos;
 - ✓ La injuria grave; por lo que el juez debe tomar en consideración el nivel educativo, el status social y otras circunstancias de facto que se pudieran presentar.
 - ✓ Abandonar de manera voluntaria y maliciosa.

2. **El divorcio por falta de convivencia:** en esta figura jurídica se presentan dos aspectos a tener en cuenta:
 - Por la separación de: para ello, es necesario que ocurra la separación de cuerpo de los esposos, sin que medie la voluntad de volver a

juntarse por un periodo continuo superior a los tres años (artículo 214°.2).

- Por la conversión de sentencias firmes de separación. En caso lo soliciten ambos esposos, se disuelve el matrimonio admitiéndose el divorcio, después de un año de haberse realizado la sentencia firme de acuerdo a las causas contempladas en el, los artículos: 202° (actos atribuibles a un esposo), 204° (perturbación de la convivencia sin voluntad de juntarse por más de dos años) y 205° (mutuo disenso).

a) El Divorcio por acuerdo mutuo o por mutuo disenso: ocurre cuando la separación de los esposos se produce por causales de gravedad las mismas que imposibilitan la vida en común, por lo que ambos esposos deben manifestar de manera conjunta dicha voluntad. Para lo cual, tiene que transcurrir por lo menos tres años de haberse celebrado el matrimonio, según lo establecido en el artículo 215°.

6.5. LEGISLACIÓN CHILENA

A partir de la promulgación de la Ley del Matrimonio Civil N° 19947, del 7 de mayo del año 2004, se retiró de los países que rechazaban el divorcio, quedando en este grupo únicamente Filipinas y Malta, quienes siguen rechazando el divorcio, pues la Ley de Matrimonio Civil que anteriormente estaba en vigencia, casi no tenía ninguna diferencias con los preceptos que contemplaba el derecho canónico de aquella época e inclusive el presente derecho evolucionó más, encontrándose que las causas para que se produzcan la nulidad del matrimonio eran las mismas que contemplaba el derecho canónico de aquella época.

En Chile, la jurisprudencia admitía el divorcio bilateral, mediante la nulidad del matrimonio, la que era una forma de acomodar una normativa inadecuada a las exigencias de la población. En estas circunstancias, en aquellos tiempos, todo intento de adecuarse a los cambiantes tiempos eran insuficientes y más aún en estos tiempos,

por cuanto aquellos que tenían la voluntad de reconstruir su vida matrimonial se encontraban en una situación muy adversa, porque el cónyuge que no mostraba la voluntad de terminar con la relación matrimonial, pedía compensaciones superiores a lo que les tocaría percibir por los posibles derechos hereditarios; en este sentido, el divorcio o nulidad matrimonial por incompetencia de la persona responsable del Registro Civil ocasionaba costos significativos para las personas que no tenían los recursos necesarios para hacer frente, debido a que la administración judicial no tramitaba dichas causas.

VII. CONCLUSIONES

1. Respecto a los fundamentos de la doctrina peruana sobre el divorcio se ha encontrado corrientes diametralmente opuestas como son la divorcista y la antidivorcista preconizado por autores laicos, en el primer caso; y los religiosos en el segundo caso. La tesis divorcista, en sus diferentes tipos, establece como un derecho que tienen los cónyuges (especialmente los varones) para poder alejarse de sus parejas, inclusive sin mayor explicación sobre las razones. El Deuteronomio y el Corán también hablan de la autorización que tenía el marido para repudiar a su mujer cuando ella ya no era de su agrado a quien le entregaba una carta y la despedía de la casa. Así surgieron los diversos tipos de divorcio, tales como: el divorcio repudio, el divorcio-sanción, el divorcio-remedio, el divorcio-quiebra y el divorcio de mutuo acuerdo.
2. La doctrina peruana contempla algunos criterios relacionados con el divorcio como la de Cabello que hace una diferencia con la separación de cuerpos, porque se pone fin plenamente y definitivamente al vínculo matrimonial, quedando la posibilidad para ambos cónyuges de poder contraer nuevamente matrimonio con otra persona. Para Muro, la separación de cuerpos no basta para contraer nuevas nupcias con otra persona, sino que considera necesario la ejecución del divorcio para emprender una nueva vida matrimonial. En cuanto al derecho comparado nos muestra analogías como en el caso de la legislación inglesa que a partir de octubre de 1969 terminó con la divorcio-sanción o llamado también por culpa, con la finalidad de dar paso al divorcio-remedio que en 1973 admite el divorcio por causales como: el adulterio, el abandono de hogar por dos años y la separación de hecho. Por otro lado, la legislación española insertó en su legislación el divorcio-remedio, estableciendo que esta se produce por hechos objetivos que se tienen que comprobar judicialmente.

La legislación ecuatoriana establece que el divorcio viene a ser una forma de terminar con el matrimonio y su código civil contempla como causales: al adulterio, la sivilicia, las injurias graves, las amenazas graves contra la vida del cónyuge, por enfermedad grave incurable, la condena ejecutoriada a reclusión mayor, el abandono, entre otros. La legislación Argentina, establece como causales del divorcio: al adulterio, atentar contra la vida del cónyuge, la instigación a cometer delitos, las injurias graves y el abandono voluntario y malicioso. La legislación chilena admite al divorcio bilateral por la nulidad del matrimonio como una medida que le permita marcar distancia de su antigua norma anacrónica muy orientada al derecho canónico.

3. Los principales fundamentos jurídicos del divorcio por causal de hecho se encuentran establecidos en el Código Civil que contempla la separación de cuerpos como la causal más preponderante causada por el adulterio que viene a ser el trato sexual de un cónyuge con otra persona, atentando contra la fidelidad matrimonial; también por las constantes acciones de violencia física o psicológica contra uno de los cónyuges; el atentado contra la vida de su cónyuge la que debe ser intencional y probada en una investigación policial; el consumo habitual y sin justificación de drogas alucinógenas que generen toxicomanía, por lo que la norma ha obrado con justicia separando al cónyuge afectado; la adquisición de enfermedad de transmisión sexual grave después de haberse celebrado el matrimonio, con la finalidad de proteger al cónyuge sano; por la homosexualidad posterior al matrimonio, debido a la relación de uno de los cónyuges con persona de su mismo sexo; la condena a más de dos años de pena privativa de la libertad por delito doloso; entre otros aspectos como la separación de cuerpos por más de dos años.
4. Entre los criterios de la jurisprudencia peruana respecto al divorcio por causal de hecho tenemos a muchas sentencias que han sentado precedentes; sin embargo, señalaremos algunos que los hemos considerado importantes como la Casación N° 1120-2002 Puno 10 de enero de 2003 contempla que "...la

separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado...” por tanto cualquiera de los cónyuges puede actuar como sujeto activo. Asimismo, la Casación N° 606-2003 que establece que “...todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges, que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio...”

VIII. RECOMENDACIONES

1. Las personas encargadas de legislar las normas en materia del Derecho de Familia deben coordinar de manera estrecha con organismos y/o instituciones a fines para generar, a través del ordenamiento jurídicos, políticas efectivas de real apoyo a la estabilidad de las Familias y, por consiguiente, al bienestar de los esposos e hijos, si es que hubiere, y con ellas afianzar la estabilidad con la finalidad de impedir el quiebre de la vida afectiva familiar.
2. El Poder Judicial, concretamente los jueces especializados en Familia, deben declarar infundada la petición de divorcio, por el casual de separación de hecho, cuando se certifique mediante diagnóstico, sobre todo, psicológico-social, razonado e idóneo que traerá consecuencias perjudiciales ascendentes o de menoscabo más grave, para la parte perjudicada con la separación, a fin de garantizar la vida y el bienestar del cónyuge y el de sus hijos.
3. El juez, además de verificar el tiempo para el divorcio por causal de separación de hecho debe establecer como requisito indispensable, para declarar fundada la pretensión, la responsabilidad del cónyuge que motivó y/o provocó el rompimiento de la vida conyugal para establecer que el causante no tenga derecho a la división de la sociedad de gananciales.

IX. RESUMEN

Con la separación de hecho se incumple el deber de convivencia, no siendo determinante incluso en el incumplimiento de los deberes de asistencia mutua y fidelidad o de alimentación, educación y amparo de los hijos para constatar la existencia de la separación de hecho, los que en todo caso son esenciales para la fijación de importe indemnizatorio. La separación de hecho, es la situación en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno de los consortes.

El Congreso de la República aprobó la ley N° 27495, en donde se incorpora la Separación de Hecho como causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio, pero en esta Ley aprobada por el Congreso el 06 de julio del 2001 no se aclaran las causales específicas acerca de los Modelos Legislativos en nuestro Ordenamiento jurídico, es así que nace la importancia de integrar artículos sustanciales para una mejor solución de los conflictos que acarrea el divorcio.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Álvarez, C. (2012). Destino de las acciones de los cónyuges al divorciarse. Lima: Grijley.
- Alvarez, E. (2006). Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio. Lima: UNMS
- Aguilar, E. (2013). Vulnerabilidad de los Principios de equidad e igualdad en el divorcio por la causal de abandono en la Legislación Civil Ecuatoriana. Loja.
- Bossert, G. (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Astrea.
- Bustamante, E. (2007). Código Civil comentado, Derecho de Familia. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.
- Cabanellas, G. (1999). Separación de hecho en diccionario enciclopédico de Derecho Usual, tomo VII. Madrid: Heliastra.
- Cabello, C. (2001). Divorcio Remedio en el Perú. Derecho PUC. Lima: CEPAR.
- Cabello, C. (2003). Divorcio en Derecho de Familia. Lima: Ediciones Juristas.
- Carbonnier. J (1961) Derecho civil, traductor Zorrilla Ruiz, M. Barcelona: Boch.
- Chiabra, M. (2013). La separación de hecho como causal alternativa de divorcio en el Perú. Lima: Gaceta jurídica.
- Espinoza, J. (2005). Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hinostroza, A. (2005). Proceso de Separación de Cuerpos y Divorcio. Lima: Gaceta Jurídica.
- Huerta G. (1997). Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales: Lima: Comisión Andina de Juristas.

- Josserand, L. (1952). Derecho Civil. la Familia. Tomo I, Vol. II. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-américa. Ediar
- León, L. (2004). El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el código civil peruano. Lima: Palestra.
- Mallqui, M y otro. (2001) Derecho de Familia. Lima: San Marcos.
- Mendoza, M. (2002). Separación de hecho: interpretación, aplicación y constitucionalidad a propósito de la ley 27495, Tomo 30. Lima: Revista Jurídica del Perú, p.90.
- Mizrahi, M. (1998). Familia, Matrimonio y Divorcio. Buenos Aires: Astrea.
- Muro, M. (2003). Concepto de Divorcio En el Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Muro, M. (2007). Código Civil Comentado, Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2001). La reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio. A propósito de la Ley 27495 Tomo 93. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2003). La separación de hecho: divorcio-culpa o divorcio remedio Tomo 55. Lima: Diálogo con la jurisprudencia.
- Plácido, A. (2006). Manual de derecho de familia. Lima: Studium.
- Plácido, A. (2007). Código civil comentado de 1984: comentan 209 especialistas en las diversas materias de Derecho Civil, Vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica.
- Quispe, D. (2002). Nuevo régimen familiar peruano. Cuzco: Cultural Cuzco.
- Ramos, C. (1990). Acerca del Divorcio. Lima: Gráfica Espinal. Ediciones Búho.

Ruiz, R. (2014). Fundmentos para modificar el artículo 339° del codigo civil, respecto del plazo de caducidad en los procesos de divorcio por causal de adulterio. Trujillo. UPAO

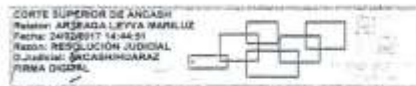
Rubellin, J. (2001). Droit de la familia. Paris: Editions Dalloz.

Varsi, E. (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Lima: Ed. Jurídica Grijle

XI. ANEXOS

172
cento
y dos

SALA CIVIL TRANSITORIA - SEDE CENTRAL
 RELATOR : ESPINOZA PAMPA, LUCELIA



EXPEDIENTE : 00325-2015-0-0201-JR-FC-02
 MATERIA : DIVORCIO POR CAUSAL
 MIN. PUBLICO : SEGUNDA FISCALIA DE FAMILIA ,
 DEMANDADO : RAMIREZ M ALLQUI, OLGA ELENA
 DEMANDANTE : CULLI LAZARO, HIGINIO ALEJANDRO

RESOLUCIÓN N° 20

Huaraz, veinticuatro de de noviembre
 del año dos mil dieciséis.

VISTOS: En audiencia pública a que se contrae la certificación que antecede, con el expediente número 2005-00055-0-0201-JP-FA-2.

I.- ASUNTO MATERIA DE GRADO:

Es materia de apelación por la parte demandada la sentencia contenida en la resolución número trece de fecha treinta de junio del año dos mil dieciséis, corriente de fojas ciento diecinueve a ciento veintisiete, que declara fundada la demanda sobre divorcio absoluto por la causal de separación de hecho interpuesta por Higinio Alejandro Cullí Lázaro contra Olga Elena Ramírez Mallqui, en consecuencia declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por aquellos ante la Municipalidad Distrital de Catac, Provincia de Recuay, con fecha veintiocho de abril de dos mil uno, a que se refiere la Partida de Matrimonio de fojas dos: da por fenecido el régimen de sociedad de gananciales a partir del mes de abril dos mil dos, de conformidad con lo previsto por el artículo 319 del Código Civil, habiendo presente que no se ha acreditado que durante la vigencia del matrimonio los cónyuges hayan adquirido bienes susceptibles de ser valorados, inventariados y liquidados, con lo demás que contiene.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO:

La apelante sustenta el recurso de apelación¹ en los siguientes fundamentos: a) Que, en el presente caso, la sentencia apelada no expresa la realidad de los hechos, que, el demandante hasta antes de la notificación de la demanda de divorcio, cada fin de semana ha concurrido al domicilio conyugal, es decir, que ha

¹ Véase escrito de apelación de fojas 131 a 141

-40
y Voz. SeTendi

venido haciendo una vida normal en el mismo, cuando el demandante haciendo una vida paralela había tenido una supuesta convivencia en la que ha procreado a sus menores hijos, sin embargo, no ha cumplido con la separación de hecho, pues el demandante cada fin de semana llegaba puntualmente al domicilio conyugal; **b)** Que, el hecho de que el demandante tenga tres hijos extramatrimoniales no le da derecho a pedir el divorcio por causal, pues, este ha venido haciendo vida conyugal con la demandante, habiendo inclusive participado en diversas reuniones familiares; **c)** Que, en la sentencia tiene que establecerse la liquidación de bienes adquiridos durante el matrimonio; **d)** Que los alimentos deben quedar en forma perpetua, por su condición de paciente oncológica, por ultimo no se ha resuelto los alimentos respecto a su hijo quien todavía sigue estudios universitarios.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- El artículo 364° del Código Procesal Civil prescribe: *"El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente."*

SEGUNDO.- Que, asimismo, de acuerdo a los principios procesales recogidos en el artículo 370° del Código Procesal Civil², el contenido del recurso de apelación establece la competencia de la función jurisdiccional del Juez Superior, toda vez que aquello que se denuncie como agravio comportará la materia que el impugnante desea que el Ad-quem revise, estando entonces conforme con los demás puntos o extremos que contenga la resolución impugnada, en caso de existir tales, que no hayan sido objeto de su impugnación; principio este expresado en el aforismo *tantum appellatum quantum devolutum*³.

TERCERO.- Que, con el objeto de absolver los agravios expresados por la apelante, es menester señalar respecto a la causal de divorcio por separación de hecho contenida en el inciso 12) del artículo 333° del Código Civil, ésta se produce cuando los cónyuges sin previa decisión judicial definitiva quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos cónyuges, además la misma se encuentra constituida por tres elementos ineludibles, a saber: **a) El elemento**

²Modificado por Ley N° 29834, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el dos de febrero del dos mil doce.

³Casación N° 2293-2009-Loreto, publicado en el Diario El Peruano de fecha treinta de junio del año dos mil diez. Pág. 27867.

114
 cinco saliendo
 y cuatro.

objetivo o material, consistente en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad de la convivencia; lo que ha sucedido con el alejamiento físico de uno de los consortes de la casa conyugal; **b) El elemento subjetivo o psíquico**, que es la falta de voluntad de unirse; esto es la intención cierta de uno o de ambos cónyuges de no continuar viviendo juntos, poniendo fin a la vida en común por más que un deber se cumpla; y, **c) El elemento temporal**; vale decir, el transcurso ininterrumpido de más de dos años y cuatro años en el caso que hubieran hijos menores de edad.

CUARTO.- Al respecto la Casación N° 606-2003/Sullana⁴, señala: "(...)En busca de la protección a la familia las normas que la regulan (a la causal de separación de hecho) establecen determinados requisitos para que pueda entablarse y en su caso ampararse (la pretensión de divorcio por causal de separación de hecho), como es el plazo de dos años si no existen hijos y cuatro si los hay, (...)". Respecto al plazo legal establecido para la separación de hecho cabe hacer la siguiente precisión: a) Que, el cumplimiento del plazo legal mínimo de apartamiento del domicilio conyugal requerido debe estar vencido al momento de interponer la demanda; y b) Que, el plazo de cuatro años, si hubiesen hijos, debe ser entendido que se configura cuando los hijos viven a la fecha de interposición de la demanda, y no así si a la fecha de interponer la demanda de divorcio los hijos fallecieron, pues dicho plazo no se configura a la fecha en que se produce la causal misma sino al momento de interponerse la demanda.

QUINTO.- En este orden de ideas resulta inequívoco que para el caso de autos es suficiente que el plazo legal de la separación de hecho del domicilio conyugal sea de dos años, teniendo en cuenta que el hijo habido dentro del matrimonio Heisen Higinio Cullí Ramírez, ha adquirido la mayoría de edad conforme se verifica de la partida de nacimiento, obrante a fojas uno del expediente acompañado de alimentos.

SEXTO.- Que, teniendo en consideración lo expuesto en el escrito de apelación, la cuestión radica en establecer si se produjo la separación y de ser así cuando se produjo ésta, habida cuenta que las posiciones de las partes son totalmente contradictorias, en efecto el accionante sostiene que se encuentra separado de

⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el uno de diciembre del dos mil tres. Págs. 11119-11120.

1110
5
cinco
Salas

hecho de la emplazada desde febrero del año dos mil, en cambio, ésta última sostiene que nunca existió tal separación; al respecto debe tenerse en consideración lo señalado por la propia demandada en el proceso signado con el N° 2005-00055-0-0201-JP-FA-2: "(...) el demandado con el motivo de trabajo se dirigió al Distrito de Huaychay, donde tiene otro compromiso convivencial, más hijo, por lo que abandonó el hogar conyugal sin justificación alguna en el mes de abril del 2002 (...)", de lo antes expuesto fluye con claridad meridiana que, la separación entre las partes se produjo en el mes de abril del año 2002.

SETIMO.- En esta línea argumentativa está probado la configuración de la causal de divorcio por separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido mayor a dos años. En efecto, desde el mes de abril del año dos mil dos al veinticuatro de marzo del dos mil quince⁵ han discurrido trece años, tiempo suficiente en el presente caso para amparar la demanda y por lo mismo no resultan estimables los agravios esgrimidos por la demandada.

OCTAVO.- Que, si bien la apelante señala que no se ha determinado la situación de los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal, lo es también que en autos, no se ha acreditado la preexistencia de estos, por el contrario, la demandada reconoce en su escrito de contestación de demanda obrante de fojas cincuenta y cinco a cincuenta y nueve, que durante la vigencia de la sociedad conyugal no han adquirido bienes.

NOVENO.- Que, por otro lado, la emplazada en su escrito de apelación ha señalado que en la sentencia no se ha precisado la pensión alimenticia que le correspondería a esta y los alimentos de su hijo, al respecto, debe mencionarse que conforme es de verse del reporte emitido del Sistema de Información de expedientes judiciales, que se agregara a los autos, actualmente se encuentra en trámite el proceso signado con el N° 00308-2004-0-0201-JP-FC-01, sobre alimentos en contra del demandado, por lo que no correspondería en esta vía determinar la pensión a su favor y en cuanto a la pensión del hijo habido dentro del matrimonio habiendo este adquirido la mayoría de edad carece de objeto emitir pronunciamiento. Estando a lo anteriormente expuesto, la demandada no ha

⁵ Como es de apreciarse del sello de recepción de la Central de Distribución General (CDG) que obra a fojas trece.

174
ciento setenta
y seis

desvirtuado los fundamentos que motivan la resolución venida en grado; ergo no cabe estimar los agravios esgrimidos por la apelante.

DECISION

Por estas consideraciones y en aplicación de las normas invocadas **CONFIRMARON** la sentencia contenida en la resolución número trece de fecha treinta de junio del año dos mil dieciséis, corriente de fojas ciento diecinueve a ciento veintisiete, que declara fundada la demanda sobre divorcio absoluto por la causal de separación de hecho interpuesta por Higinio Alejandro Culli Lázaro contra Olga Elena Ramírez Mallqui, en consecuencia declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por aquellos ante la Municipalidad Distrital de Catac, Provincia de Recuay, con fecha veintiocho de abril de dos mil uno, a que se refiere la Partida de Matrimonio de fojas dos: da por fenecido el régimen de sociedad de gananciales a partir del mes de abril dos mil dos, de conformidad con lo previsto por el artículo 319 del Código Civil, haciendo presente que no se ha acreditado que durante la vigencia del matrimonio los cónyuges hayan adquirido bienes susceptibles de ser valorados, inventariados y liquidados, con lo demás que contiene. Notifíquese y devuélvase. **Magistrada Ponente Graciela Quintanilla Saico.**

S.S.

BRITO MALLQUI.

SANDOVAL AGUILAR.

QUINTANILLA SAICO.

The block contains three handwritten signatures. The top signature is circled and appears to be 'Graciela Quintanilla Saico'. Below it are two more signatures, one of which is a large, stylized signature that overlaps the text of the other judge's name.