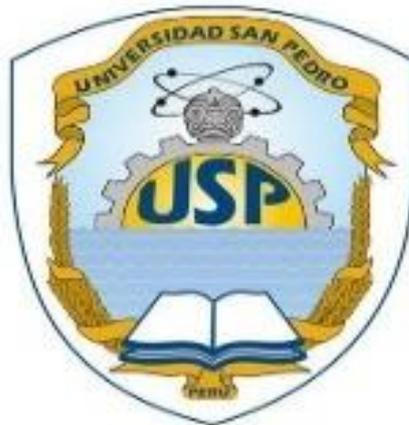


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



“Divorcio por Causal de Separación de Hecho”

Trabajo de Suficiencia

Autor

AGUILAR MEDINA SANDRA LIZETH

Asesor

ALVA GALARRETA MIRKO

Chimbote – Prú

2018

DEDICATORIA

A Dios, por guiar cada pasó que doy, a mi padre por su apoyo incondicional y ejemplo de responsabilidad, a mi madre que es el ángel que me brinda fortaleza y a mis hermanos por ser mi inspiración y ejemplo de superación.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

De mi especial consideración:

SANDRA LIZETH AGUILAR MEDINA, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, en cumplimiento a los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de informes monográficos mediante la modalidad de Sustentación de Suficiencia Profesional y con la finalidad de obtener el Título Profesional de Abogada, presento a ustedes, el informe correspondiente al Proceso de Familia sobre “Divorcio por Causal de Separación de Hecho” signado con el siguiente Número de Expediente: 00843-2010-0-2501-JR-FC-CI-01, el mismo que se inició a razón de la demanda interpuesta por Cesar Antenor García Ávila contra Amalia Quiroz Llucho, proceso tramitado ante el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Santa, en la vía de proceso de conocimiento.

En tal sentido, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación del presente trabajo, esperando que reúna los méritos necesarios para su oportuna aceptación.

Esperando, que se cumplan con las expectativas académicas, es propicia la oportunidad para expresarles mi muestra de estima y consideración.

PALABRAS CLAVES

Tema : Divorcio por Causal de Separación de Hecho

Especialidad : Civil

KEYWORDS

Subject : Divorce By Causal Of The Separation Of Fact

Specialty : Civil

LINEAS DE INVESTIGACIÓN

Derecho

INDICE

DEDICATORIA	ii
PRESENTACIÓN	iii
PALABRAS CLAVES	iv
RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	1
1. ANTECEDENTES GENERALES	3
2. MARCO TEÓRICO	4
2.1 MATRIMONIO	4
2.1.1 CONCEPTO	4
2.1.2 FINALIDAD	4
2.1.3 NATURALEZA JURÍDICA	4
2.2 IMPEDIMENTOS	6
2.3 LOS BENEFICIOS DEL MATRIMONIO	7
2.4 DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES	8
2.5 DIVORCIO	8
2.5.1 ANTECEDENTES:	8
2.5.1 ETIMOLOGÍA	11
2.5.2 CONCEPTO	11
2.5.3 TESIS	11
3. LEGISLACIÓN NACIONAL	14
(Sistema Adoptado por el Código Civil)	14
3.1 CLASES DE DIVORCIO	14
3.2 CAUSALES DEL DIVORCIO	15
3.3 VÍAS PARA OBTENER EL DIVORCIO	17
3.4 EFECTOS QUE PRODUCE EL DIVORCIO	18
3.4.1 CON RELACIÓN A LOS CÓNYUGES	18
3.5 SEPARACIÓN DE HECHO	19
3.5.1 CONCEPTO	19
3.5.2 ELEMENTOS	19
3.5.2.1 ELEMENTO SUBJETIVO:	19

3.5.2.2	ELEMENTO OBJETIVO:.....	19
3.5.2.3	ELEMENTO TEMPORAL:	20
3.6	REQUISITOS.....	20
3.7	CÓNYUGE AFECTADO	21
3.8	INDEMNIZACIÓN	21
3.8.1	CRITERIOS DEL ORGANO JURISDICCIONAL	22
3.9	ALIMENTOS	23
3.10	PATRIA POTESTAD.....	23
3.11	FENECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES	24
3.12	CONVERSIÓN A DIVORCIO.....	25
3.13	CADUCIDAD	26
3.14	COSTAS Y COSTOS.....	26
4.	MARCO JURISPRUDENCIAL	27
1.	CAS. N° 1120-2002- PUNO.....	27
2.	CAS. 1762-2008-LIMA NORTE.....	27
3.	CAS. N° 540-2007-TACNA.....	28
5.	DERECHO COMPARADO	29
5.1	DERECHO ANTIGUO	29
5.2	DERECHO GERMANICO:	30
5.3	DERECHO MODERNO	33
5.4	DERECHO CONTEMPORANEO.....	33
6.	CONCLUSIONES.....	34
7.	RECOMENDACIONES.....	36
8.	RESUMEN.....	37
9.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38
10.	ANEXOS.....	39
	DESARROLLO PROCEDIMENTAL.....	39
	ANÁLISIS DEL PROCESO	53

RESUMEN

El divorcio es un proceso que comienza, se desarrolla y termina; durante el proceso, muchas veces es necesario tomar recaudos especiales para proteger el patrimonio y el futuro propio y/o de los hijos. Y cuanto antes se adopten las medidas de protección, menos riesgo existirá que alguno de los cónyuges sufra un daño irreparable. Porque, si uno de los dos se endeuda fraudulentamente o trata de ocultar su patrimonio mediante sociedades o de actos simulados, luego va a ser muy complicado el proceso de recomposición del patrimonio y de la relación personal. A veces, llega a ser tan irreversible como cuando alguno de ellos se apropia de los hijos o cuando uno ejerce violencia contra el otro. Entonces, ni inseguridad y blandura en la defensa de lo propio, ni arbitraria sensación de impunidad frente al otro.

INTRODUCCIÓN

En el devenir de la historia, la familia, el matrimonio y el divorcio son tan antiguos como el mismo hombre, han venido sufriendo una serie de cambios. En el caso del divorcio, este ha sido objeto de serias disputas entre partidarios y detractores, que han basado sus argumentos en cuestiones de índole moral, religiosa y jurídica. Asimismo cuando las estructuras sociales y el comportamiento de los individuos cambian, el derecho y sus instituciones deben reformular sus normas y adecuarse a las nuevas tendencias sociales. Estos cambios por su trascendencia despiertan interés, más aun cuando al tema en estudio, se incorporan modificatorias.

Por lo cual ha de tener en consideración que todo deriva de la idealización de un matrimonio para toda la vida. Esa es, justamente, la premisa fundamental del matrimonio “una relación con vocación de permanencia”. Sin embargo, desde que se instituyó el divorcio, quedó oficialmente reconocido que no siempre lo que se proyecta y promete se llega a cumplir. A veces, porque la convivencia de la pareja resulta frustrante, para uno o para los dos. Otras veces surgen diferencias irreconciliables respecto de la crianza de los hijos, o la relación de alguno de los esposos con la familia del otro resulta agobiante. En algunos casos, simplemente, la relación queda invadida por el hastío, que viene solo o con la fantasía o, directamente, la presencia real de un tercero o tercera.

Entonces, cuando el proyecto y la promesa de matrimonio para toda la vida empiezan a fracasar, ¿podemos irnos del matrimonio?, ¿podemos permitir que nuestro cónyuge se vaya? Para casarse, hacen faltan dos, para divorciarse, también. Un divorcio es, acaso, asumir que fracasamos en un proyecto que se había iniciado para toda la vida. Quizá permitirnos vivir un gran dolor, sabiendo que, de esa forma, nos ganamos el derecho a un nuevo gran amor. Las partes necesitan que el otro pierda más, por despecho o por venganza o por competencia.

Algunos no pueden aceptar siquiera la idea del divorcio y pretenden que esa promesa inicial se mantenga inalterable para toda la vida, cueste lo que cueste, aun si eso significara quitar la libertad y la alegría al otro.

El divorcio es un proceso que comienza, se desarrolla y termina; durante el proceso, muchas veces es necesario tomar recaudos especiales para proteger el patrimonio y el futuro propio y/o de los hijos. Y cuanto antes se adopten las medidas de protección, menos riesgo existirá que alguno de los cónyuges sufra un daño irreparable. Porque, si uno de los dos se endeuda fraudulentamente o trata de ocultar su patrimonio mediante sociedades o de actos simulados, luego va a ser muy complicado el proceso de recomposición del patrimonio y de la relación personal. A veces, llega a ser tan irreversible como cuando alguno de ellos se apropia de los hijos o cuando uno ejerce violencia contra el otro. Entonces, ni inseguridad y blandura en la defensa de lo propio, ni arbitraria sensación de impunidad frente al otro.

Así pues, el presente informe está relacionado a analizar dentro del Expediente de Familia N° 00843-2010-0-2501-JR-FC-01, la figura jurídica del divorcio por la causal de separación de hecho, del conflicto de intereses que ha surgido entre las partes, del proceso en su conjunto, así como de las actuaciones de los sujetos procesales que intervienen en el proceso antes mencionado. En ese sentido, el trabajo tiene como principal finalidad realizar un informe con el objeto de lograr un análisis jurídico y crítico del proceso a través de un desarrollo sencillo y entendible.

1. ANTECEDENTES GENERALES

El divorcio es tan antiguo como el matrimonio, si bien muchos pueblos no lo consintieron por razones religiosas, sociales o económicas, desde el momento en que el hombre instituyó el matrimonio sabía que no iba a ser para siempre, considerando la posibilidad de su ruptura, particularmente frente al adulterio, la causa más común y de mayor amenaza.

A la Iglesia Católica le corresponde el papel de ir prohibiendo el divorcio, imponiendo la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque, frente a situaciones extraordinarias, abrió la posibilidad de la separación de cuerpos. De ahí que países de arraigado sentimiento católico como Italia y España fueron los últimos en admitirlo en sus leyes.

En Perú el divorcio fue instituido en el Código Civil de 1936, pero bajo reglas y requisitos que más favorecía por la separación. Sería el Código Civil actual, vigente desde 1984, el que finalmente adoptó el divorcio, pero sujeto a la concurrencia de causales específicas y taxativas (Art.333).

En los últimos tiempos se comienza a hablar de una crisis del matrimonio. En los Estados Unidos de Norte América, las estadísticas arrojan un resultado categórico: de cada dos matrimonios, uno se divorcia. En Italia el índice de divorcios es también alarmante. Y en países latinos como el Perú, desde hace dos décadas las parejas han comenzado a ver otras formas más flexible de hacer vida en común.

Todo ello está llevando a que las leyes, antes cerradas y rigurosas frente a la institución del divorcio, comiencen a liberarse, incluso instituyendo un mayor número de causales, estableciendo procedimientos judiciales más breves y expeditivos, e inclusive optando por viabilizar el divorcio ante notarios o municipalidades.

2. MARCO TEÓRICO

2.1 MATRIMONIO

2.1.1 CONCEPTO

Antes de entrar en las definiciones características del Divorcio, es necesario considerar la preexistencia de una relación vinculante de carácter legal denominado

El Matrimonio, institución fundamental del Derecho de Familia, que es la unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida de él se derivan las relaciones, derechos, funciones y potestades propiamente familiares.

2.1.2 FINALIDAD

El matrimonio se contrae con la finalidad de hacer vida en común, así pues el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer reconocida por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida, la presencia del objetivo del matrimonio de hacer vida en común es manifiesta.

2.1.3 NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del matrimonio es explicado bajo las siguientes perspectivas:

2.1.3.1 Tesis Contractualista.- esta posición puede ser enfocada, a su vez, desde tres perspectivas:

- a) **Canónica:** El enfoque canónico considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido.
- b) **Civil Tradicional:** Postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulte aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento. Cabe precisar al respecto que en nuestro Derecho Civil la nulidad y anulabilidad del matrimonio son reguladas por las causales específicas contenidas en los artículos 274 y 277 del Código

Civil, diferentes de las causales de nulidad y anulabilidad aplicables al común de los contratos.

- c) **Derecho de Familia:** Finalmente se postula que el matrimonio es un contrato, pero no un simple contrato, sino un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo.

2.1.3.2 **Tesis Institucionalista.-** Desde esta perspectiva, el matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes deseen casarse. En efecto, el matrimonio propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es, en fin, una institución. En efecto, si bien se acepta que el matrimonio tiene un origen consensual, por el cual se precisa el otorgamiento de la voluntad de los contrayentes, una vez otorgado el consentimiento, la voluntad deviene impotente y sus efectos se producen automáticamente.

2.1.3.3 **Doctrina Mixta.-** Se sostiene, de acuerdo con esta teoría, que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. En suma, mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución.

Aun cuando el Código Civil no lo señale de manera expresa, queda meridianamente claro que esta última es la teoría que ha adoptado. En efecto, el carácter voluntario, consensual y bilateral del matrimonio en nuestro Código permite advertir la presencia de la corriente contractualista. La legalidad y la finalidad de hacer vida en común, por su parte, informan de la corriente institucionalista que nutre a esta institución. Hecha esta precisión, el buen sentido indica que la finalidad de hacer vida en común inherente al matrimonio tiene su raíz en la corriente institucionalista que trata de explicar su naturaleza jurídica. En

efecto, el objetivo de hacer vida en común se orienta al deber de cooperación y asistencia de los cónyuges, así como a la conformación de una familia. La finalidad del matrimonio, entonces, es no solo gozar de la vida conyugal, sino formar una alianza para soportar mejor los contratiempos de la vida. Esta característica se encuentra estrechamente vinculada con la procreación. Para estos efectos, deben tenerse en cuenta los conceptos de paternidad responsable, a fin de controlar la natalidad, así como la posibilidad de acceder a la inseminación artificial que cuestiona desde un punto de vista ético la legitimidad de la manipulación genética. Asimismo, es preciso señalar que se trata de una finalidad preeminente, esto es, que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la posibilidad de contraer matrimonio con objetivos distintos. Cualquier propósito de la unión conyugal (procreación, economía, afección, cultura, aspectos sociales, etc.) queda necesariamente subsumido dentro de la finalidad de hacer vida en común.

2.2 IMPEDIMENTOS

Los impedimentos son prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio, los que se sustentan en hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan al sujeto. Otros autores consideran al impedimento como una situación negativa que representa la carencia de un requisito indispensable para contraer matrimonio. Existen muchas clasificaciones de los impedimentos, dependiendo de su extensión, efectos, duración o eficacia. Nuestra legislación acoge la clasificación por los efectos de los impedimentos, los cuales pueden ser dirimentes e impeditivos.

2.2.1 Impedimentos Dirimentes.- Son los más graves y tienen mayor trascendencia, tanto desde un punto de vista legal como humano, pues su existencia determina la nulidad del matrimonio. Estos impedimentos consisten en una situación personal (transitoria o permanente) que aunque sea de uno de los contrayentes, es un obstáculo para el matrimonio, y como éste no puede, no debería tampoco unirse en matrimonio.

2.2.1.1 Impedimentos Absolutos: Los impedimentos absolutos son aquellos que impiden el matrimonio de una persona con cualquier otro individuo, señalándose su incapacidad personal para ese acto.

- a) Impúberes
- b) Enfermedad Crónica
- c) Enfermedad Mental
- d) Sordomudos, Ciego-sordos y Ciego-mudos
- e) Casados

2.2.1.2 Impedimentos Relativos: Los impedimentos relativos son aquellos que obstaculizan el matrimonio de una persona pero solo en relación con otra determinada.

- a) Consanguíneas en Línea Recta
- b) Consanguíneos en Línea Colateral
- c) Afines en Línea Recta
- d) Afines en Segundo Grado de la Línea Colateral
- e) El Adoptante
- f) El Condenado
- g) Rapto

2.2.1.3 Impedimentos Impedientes.- Son los que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio sin provocar la invalidez pero que en caso de contraerse las nupcias, se resuelven en sanciones para los contrayentes.

- a) Tutor o Curador
- b) Viudos y Divorciados.¹

2.3 LOS BENEFICIOS DEL MATRIMONIO

La institución del matrimonio es fundamental porque establece la formalización legal de la unión de un hombre y una mujer, aquí algunos de los beneficios:

2.3.1 Establecer los derechos a la herencia.

¹*Código Civil Comentado*, Tomo II Derecho de Familia. Pag. 105. Gaceta Jurídica. Lima – Perú.

- 2.3.2 Solicitar prestaciones familiares.
- 2.3.3 Presentar reclamaciones a las compañías de seguro, instintos de previsión social o instituciones análogas, si alguno de los cónyuges fallece.
- 2.3.4 Establecer derechos tutelares sobre sus hijos cuando el matrimonio se disuelve.
- 2.3.5 Realizar trámites relativos a la adopción.
- 2.3.6 Gestionar el divorcio.

2.4 DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES

- 2.4.1 Deber de fidelidad, aspecto civil porque es castigado por la ley y la moral porque va en contra los principios de cada persona.
- 2.4.2 Deber de cohabitación, implica que los esposos deben vivir juntos, en la misma casa, bajo el mismo techo y el deber de hacer vida en común implica una comunidad física, lo que engloba el "deber conyugal".
- 2.4.3 Deber de asistencia, los cónyuges se deben auxilio, solidaridad y tolerancia mutua.
- 2.4.4 Deber de protección, los cónyuges se deben solidaridad y protección tanto moral como física.
- 2.4.5 Contribución a los gastos del hogar, antes los gastos eran pagados por el hombre pero desde que la mujer comienza a trabajar se compensa con el cuidado a los hijos y al hogar.
- 2.4.6 Apellido del marido, no es obligación la firma con el apellido del marido sino optativo, se puede seguir firmando con el apellido de soltera²

2.5 DIVORCIO

2.5.1 ANTECEDENTES:

La institución del divorcio al ser antigua, muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

²Karina del Rosario Fernández Ramos. *Deberes y Derecho del Matrimonio*. Pag.2. Lima – Perú.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

En muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

Los Celtas practicaban la endogamia (matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca), excepto los nobles que solían tener más de una esposa. Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

En América, los Aztecas solo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, Nociuauh o Áhuatlantli (esto es mujer legítima), y aunque se aceptaba la poliginia, solo la primera mujer tenía el carácter de esposa. En este contexto, el divorcio era consentido, pudiendo ser solicitado tanto por el hombre como por la mujer; así, al lograrse – vía sentencia judicial – se quedaba habilitado para contraer nuevamente matrimonio.

Entre los Hebreos, los varones podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud; bastaba con informar al Sanedrín. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En el Alto Imperio Romano los casos más frecuentes eran los de concubinato y la unión libre, en todas las clases sociales. El matrimonio, cuando se practicaba, obedecía a un objetivo puramente económico: la transmisión del patrimonio a los descendientes directos en vez de otros miembros de la familia o la sociedad

y a una política de perpetuar la casta de los ciudadanos. Si se carecía de patrimonio era innecesario casarse, y si se era esclavo, imposible, recién a partir del siglo III les estuvo permitido casarse a los esclavos. La inestabilidad de las parejas parece haber sido muy frecuente y el número de divorcios muy alto.

En el Bajo Imperio Romano el divorcio era algo poco común, hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima "matrimonia debentesse libera" (los matrimonios deben ser libres), en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

Con la llegada del cristianismo, el divorcio se prohibió debido a la concepción del matrimonio como un sacramento instituido por Dios y cuyo vínculo era irrompible. A partir del siglo X, aunque el divorcio estaba prohibido, existía la Nulidad matrimonial, es decir, el matrimonio se declaraba nulo si se demostraba que no había existido por diferentes razones. Eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban las declaraciones de nulidad matrimonial.

Sin embargo, la Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

Italia en 1970 fue de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes.

El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia Católica no considera posible el divorcio. El 28 de mayo de 2011, Malta fue el último país de la Unión Europea en legalizar, tras referéndum, el divorcio por un 52% de apoyos.³

³Max Mallqui Reynoso y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*. Pag. 396. Edición 2001. Editorial San Marcos. Lima – Perú.

2.5.1 ETIMOLOGÍA

La palabra divorcio tiene sus raíces en el término latino *divortium*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado.

El divorcio deberá entenderse como la destrucción del vínculo conyugal.

2.5.2 CONCEPTO

El Diccionario de la Real Academia Española define al Divorcio como: “disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal.”

En teoría el divorcio es el acto que disuelve el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges (esposo y esposa) libres de poder contraer uno nuevo. En pocas palabras es el rompimiento de una pareja la cual está unida de manera legal.

2.5.3 TESIS

2.5.3.1 **Antidivorcista.**- Se plantea como objeción al divorcio, que el divorcio engendra divorcio. En efecto, cuando dos personas saben que se van a unir de manera definitiva, sin probabilidad de separación, están preparadas psicológicamente para luchar contra las dificultades inevitables del matrimonio.

El matrimonio se convierte entonces en un simple ensayo de felicidad, en el cual, el divorcio se encuentra planteado desde un primer momento. Si no se encuentra el bienestar con una pareja, existen incentivos para buscar rápidamente otra, sin advertir que la paz y armonía conyugal no son el fruto de ensayos reiterados, sino de un perseverante espíritu de sacrificio.

De otro lado, esta posición según la cual se afirma que la prohibición del divorcio no necesariamente atenta contra la libertad individual, sino que más bien la protege. En efecto, los cónyuges ejercitan su libertad al momento de casarse, pero una vez casados, el matrimonio se convierte en un problema de responsabilidad. Entender la libertad como la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial a voluntad es profundamente inhumana, peligrosa y pesimista, pues desconoce la

capacidad del hombre para atarse libremente, siendo fiel a las opciones que ha elegido. Cuando una persona decide ser infiel a sus compromisos matrimoniales, no está ejerciendo su libertad, sino atacándola, al violar lo que libremente ha prometido.

2.5.3.2 Divorcista.- Esta posición se sustenta en el hecho de que las circunstancias suelen transformar a los cónyuges en enemigos; es cruel mantener unidos a seres que se desprecian o aborrecen, porque entonces sería transformar el matrimonio en una cadena de forzados.

Desde el punto de vista social, la sociedad no puede tener interés en la permanencia de uniones desdichadas, que no constituyen un aliciente para la institución del matrimonio, sino que contribuyen más bien a desacreditarla ante la opinión pública. Según esta tesis, el divorcio es considerado como un mal necesario.

Es así que cuando la justicia interviene para romper los lazos de un matrimonio ya aniquilado por los mismos cónyuges, cuando después de un serio examen de su situación y con absoluta imparcialidad, declara el divorcio no produce la desunión de los casados; se limita a constatarla; no es la mano de la ley la que rompe el matrimonio, es la justicia la que sanciona una ruptura ya consumada; sustituye la realidad a la ficción; declara la verdad, para evitar el engaño.

2.5.3.3 Divorcio Sanción: Se formula como el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio. Esta doctrina presenta como requisito la culpabilidad de uno de los cónyuges, la tipificación de causales que dan lugar al divorcio y el carácter penalizador del divorcio para el cónyuge culpable.

Este tipo de divorcio no hace más que agudizar los conflictos, sin resolverlos, pues instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que sacarán a relucir las miserias del otro, o terminarán inventándolas para conseguir el divorcio.

2.5.3.4 Divorcio Remedio: De acuerdo con esta tesis, los requisitos para que se configure la causal de divorcio serían: la desavenencia grave y objetivamente determinable, el fracaso matrimonial como única causal y la convicción de que la sentencia de divorcio es el único remedio para solucionar el conflicto.

De este modo, una pareja puede divorciarse cuando el juez compruebe que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, los hijos y, por ende, para la sociedad. La tesis de la frustración matrimonial admite el divorcio cuando se ha producido un fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente en tales casos es preferible levantar acta de la definitiva frustración.

3. LEGISLACIÓN NACIONAL (Sistema Adoptado por el Código Civil)

Nuestro Código Civil se adhiere a la tesis divorcista y dentro de ella opta por combinar el divorcio sanción y el divorcio remedio, derivando en un sistema mixto. Ello se ha hecho aún más notorio con la reforma introducida mediante Ley N° 27495. En efecto, se admite el mutuo consentimiento (separación convencional) junto con causales de inculpación de un cónyuge frente a otro; así como causales no inculpatorias (separación de hecho o convencional).

Hasta antes de la dación de la Ley N° 27495, se creía que los legisladores de nuestro Código, habían perdido una valiosa oportunidad de consagrar legislativamente la doctrina del divorcio remedio, la cual se ajusta más a nuestra realidad, pues suele suceder que el alejamiento entre marido y mujeres el resultado de un largo proceso de desavenencias, incompatibilidad de caracteres y desajustes sexuales y emocionales.

La referida ley representa la reivindicación de la corriente de frustración del matrimonio, al combinar de manera más o menos equilibrada las bondades del divorcio remedio, en tanto se aplica para el supuesto en que la vida en común deviene insostenible; y las del divorcio sanción, en tanto atenúa el carácter frío y objetivo de la doctrina de la frustración del matrimonio, permitiendo distribuir entre los cónyuges la carga que importa la disolución del vínculo matrimonial.⁴

3.1 CLASES DE DIVORCIO

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

3.1.1 Divorcio Relativo o Separación Personal.- El divorcio relativo o separación personal es conocida en nuestra legislación como separación de cuerpos. Consiste en la relajación del vínculo conyugal, por la cual los cónyuges se separan del lecho y la habitación, poniendo término a la vida

⁴Gaceta Jurídica. *Código Civil Comentado Tomo II – Derecho de Familia*. Pag.409. Tercera Edición 2011. Editorial El Búho. Lima – Perú.

en común, cesando los deberes matrimoniales, especialmente el de cohabitación, subsistiendo el vínculo conyugal, no pudiendo ambos cónyuges contraer nuevo matrimonio por estar vigente el deber de fidelidad. La separación se obtiene por causales específicas y por acuerdo de los esposos. Con la última modificación del Código Civil, también es posible separarse por voluntad unilateral basada en la separación de hecho o en la imposibilidad de hacer vida en común.

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

3.2 CAUSALES DEL DIVORCIO

Según el artículo 333 de nuestro Código Civil vigente, son las siguientes:

- 3.2.1 **El Adulterio:** Es causal específica por culpa de uno de los cónyuges que consiste en el trato sexual de uno de los cónyuges con distinta persona. Es la más grave violación del deber de fidelidad matrimonial y que ataca el principio de la monogamia.
- 3.2.2 **La Violencia Física o Psicológica:** Es el trato excesivamente cruel que uno de los cónyuges da al otro, produciéndose un sufrimiento grande y permanente que hace insoportable la vida en común, es también causal específica por culpa del otro consorte.
- 3.2.3 **Atentado contra la Vida del Cónyuge:** Causal específica que es la tentativa de homicidio de un cónyuge contra su consorte que imposibilita la vida en común, es suficiente la mera tentativa para que se configure la causal.
- 3.2.4 **Injuria Grave:** Es el ultraje a la dignidad y a los sentimientos que un cónyuge infiere al otro que se puede manifestar no sólo con palabra sino con toda actitud, conducta, hecho deliberado que resulta desagradable e hiriente al honor y decoro ultrajante del otro cónyuge.
- 3.2.5 **El Abandono Injustificable de la Casa Conyugal por más de Dos Años Continuos o Cuando la Duración Sumada de los Periodos de Abandono Exceda a este Plazo:** El abandono conyugal consiste en el

alejamiento intencional de la casa común de los cónyuges con el propósito evidente de sustraerse a los deberes matrimoniales. Debe ser un abandono voluntario sin causa justificada.

- 3.2.6 Conducta Dishonrosa que Haga Insoportable la Vida en Común:** El comportamiento inmoral, vejatorio e indecente de multiplicidad de hechos y situaciones que hacen insoportable la vida conyugal para el cónyuge ofendido.
- 3.2.7 El Uso Habitual e Injustificado de Drogas Alucinógenas o de Sustancias que puedan Generar Toxicomanía:** Esta causal se refiere a la toxicomanía. Las consecuencias que este hábito son terribles pueden llevar al sujeto a cometer actos delictivos insospechados, porque las drogas rompen los frenos los frenos inhibitorios de la conciencia, creando problemas psicológicos y que en el orden físico produce degeneración y debilitamiento del organismo y cuyo mayor peligro radica en la procreación de una prole tarada.
- 3.2.8 La Enfermedad Grave de Transmisión Sexual Contraída después de la Celebración del Matrimonio:** La ley protege no sólo la salud del cónyuge, sino a la familia en general, especialmente para evitar que nazca una prole con una serie de taras y enfermedades incurables transmisible por contagio o herencia para la descendencia como por ejemplo el VIH / SIDA.
- 3.2.9 La Homosexualidad Sobreviniente al Matrimonio:** Se refiere a una grave alteración de la conducta sexual de uno de los esposos, lo que produce el menosprecio por el sexo opuesto y su consiguiente infracción al deber de fidelidad.
- 3.2.10 La Condena por Delito Doloso:** Lo que la ley busca sancionar no es el delito, sino la pena privativa de libertad por considerar que ésta impide al culpable cumplir con sus derechos conyugales; pero lo que rompe la armonía de los casados es la dishonra que acompaña a una conducta gravemente delictuosa.

3.2.11 **La Imposibilidad de Hacer Vida en Común, Debidamente Probada en**

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

3.2.12 **La Separación de Hecho:** La separación de hecho es una situación en la que dos personas que han contraído matrimonio se encuentran, de hecho, viviendo de forma separada e independiente, sin que el matrimonio haya sido disuelto ni se encuentren en situación de separación matrimonial.⁵

3.3 **VÍAS PARA OBTENER EL DIVORCIO**

Una vía legal para obtener el divorcio es mediante una demanda de divorcio absoluto invocándose cualquiera de las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil. Otra vía es a través de una demanda de separación de cuerpos por cualquiera de las causales señaladas en el artículo acotado, y después de dos meses de haber obtenido sentencia de separación se podrá solicitar la disolución del vínculo matrimonial, conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 28384. En el caso de separación de cuerpos por separación de hecho, corresponde cualquiera de los cónyuges pedir se declare disuelto el vínculo matrimonial; y en el caso de separación de cuerpos por otra causal específica, dicho derecho le corresponde al cónyuge inocente. También se puede obtener el divorcio previa demanda de separación convencional, para lo cual es indispensable el pedido de ambos cónyuges y que haya transcurridos por lo menos dos años, después de la celebración del matrimonio, y después de haber transcurrido dos meses de obtenida la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges puede pedir la disolución del vínculo matrimonial.

⁵Max Mallqui Reynoso y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*. Pag. 461. Edición 2001. Editorial San Marcos. Lima – Perú.

3.4 EFECTOS QUE PRODUCE EL DIVORCIO

3.4.1 CON RELACIÓN A LOS CÓNYUGES

- a) **Ruptura del Vínculo Matrimonial:** El primer y fundamental efecto del divorcio es poner fin en forma definitiva al vínculo matrimonial; esta disolución no modifica los efectos que el matrimonio haya producido en el pasado, pues el divorcio se produce desde que la sentencia es ejecutada.
- b) **Los Cónyuges Divorciados pueden Contraer Matrimonio Nuevamente:** Disuelto el vínculo matrimonial los cónyuges pueden contraer matrimonio nuevamente porque ya no existe impedimento alguno, sin embargo, se prescriben ciertas limitaciones; así por ejemplo: La mujer no puede casarse sino después de transcurrido cierto periodo de tiempo, conforme lo prescribe el artículo 243 del Código Civil, pudiendo el juez dispensar de tal prohibición, la misma que no rige en los casos de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.
- c) **La Cónyuge debe Dejar de Usar el Apellido de su Ex - Cónyuge:** Con el divorcio cesa el derecho que tiene la mujer de llevar el apellido del marido, pues con el divorcio se pone fin al matrimonio y a todas las obligaciones y derechos que nacerán de él; por lo que siendo un derecho de la mujer el usar el apellido del marido, al producirse el divorcio cesa también el uso de dicha facultad.
- d) **Cese de la Obligación Alimenticia entre los Cónyuges:** Conforme lo prescribe el artículo 350 del Código Civil por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los cónyuges. Sin embargo dicha disposición legal tiene sus excepciones al precisar que si el divorcio es declarado por culpa de uso de los cónyuges, el cónyuge inocente tiene derecho a percibir alimentos, los mismos que serán fijados por el juez sin que exceda de la tercera parte de la renta del obligado.

- e) **Fin de la Sociedad de Gananciales:** Con el divorcio, de tenerse el régimen de la sociedad de gananciales, para los cónyuges que se hayan acogido a dicho régimen, se perderán los gananciales de los bienes de los cónyuges.
- f) **Pérdida del Derecho de Heredar entre Cónyuges:** Los cónyuges divorciados no pueden heredar entre sí, medida que involucra al cónyuge culpable y al cónyuge inocente del divorcio, es decir es una medida radical porque desaparecen los hechos hereditarios entre los ex cónyuges.

3.5 SEPARACIÓN DE HECHO

3.5.1 CONCEPTO

Es el cese a la convivencia conyugal acordado por ambos cónyuges de común acuerdo, o impuesta de un cónyuge a otro con el propósito de interrumpir definitiva o indefinidamente dicha convivencia.

Es entendida como la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna imponga tal separación, sea por voluntad de uno o ambos cónyuges⁶.

3.5.2 ELEMENTOS

3.5.2.1 ELEMENTO SUBJETIVO:

Cese efectivo de la vida conyugal, alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos, incumplimiento del deber de cohabitación.

3.5.2.2 ELEMENTO OBJETIVO:

Contempla el elemento intencional, es decir se valora de acuerdo a la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación.

⁶ *Código Civil Comentado Tomo II, Derecho de Familia – Gaceta Jurídica*

3.5.2.3 ELEMENTO TEMPORAL:

Se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

3.6 REQUISITOS

- 3.6.1 Para invocar la causal, la ley establece que es necesaria la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si es comprendida tal exigencia como requisito de admisibilidad, las pruebas del cumplimiento de dicha obligación deberán recaudarse a la demanda, tales como consignaciones, retenciones, documentos privados como recibos, gastos diversos a favor de los acreedores alimentarios, etc. La expresión acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras, supone que se verifique el cumplimiento de ésta durante todo el periodo de separación invocado para efectos de la demanda o la probanza del periodo correspondiente al plazo legal mínimo aplicable o el periodo próximo a la demanda.
- 3.6.2 Establecer ello en la práctica judicial será importante, más aún si consideramos otras posibilidades que hay que calificar, como que el demandante no cuente con pruebas del cumplimiento de la prestación, porque no ha requerido ser emplazado judicialmente y no ha tenido la precaución de acopiar los comprobantes de la satisfacción de la obligación y pretenda cumplir el requisito de admisibilidad con su sola afirmación, corroborada con la declaración de parte del emplazado o el testimonio de los otros acreedores alimentarios o incluso no tenga que cumplir prestación alimentaria alguna por ser la condición económica de su cónyuge más favorable y no tener estado de necesidad. Exigir que el cumplimiento de la obligación alimentaria sea contemplado como requisito de admisibilidad al momento de calificar la demanda, en casos

como los descritos, simplemente constituiría un limitante al ejercicio del derecho de acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, por ello resulta más razonable su comprensión como requisito de procedencia que posibilite la declaración de divorcio por esta causal.

3.6.3 Por lo mismo, si durante el proceso se verifica que el peticionante del divorcio adeuda pensiones alimenticias devengadas o ha incumplido con acuerdos convencionales, carecería del derecho para que se le ampare la demanda.

3.7 CÓNYUGE AFECTADO

Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización, debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí.

El juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: grado de afectación emocional o psicológica; tenencia o custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.

Incluso, si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos ante el incumplimiento del cónyuge obligado; si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial en relación con el otro cónyuge y la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes⁷.

3.8 INDEMNIZACIÓN

En los procesos sobre divorcio por la causal de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de acuerdo con el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona,

⁷ Deberes y derechos del matrimonio, Karina del Rosario Fernández Ramos

u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle.

El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño de la persona, por tal razón el juez superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca, de alguna forma, en la parte considerativa de la sentencia apelada.

La indemnización o la adjudicación de bienes tienen la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

3.8.1 CRITERIOS DEL ORGANO JURISDICCIONAL

3.8.1.1 **A Pedido de Parte**, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. También procederá después de los actos postulatorios.

3.8.1.2 **De Oficio**, el juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado, de alguna forma, hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. De estas hipótesis, el juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse y de ofrecer la prueba pertinente. De haberse realizado la audiencia de prueba, los medios probatorios a ofrecerse serán de actuación inmediata.

3.8.1.3 En todo caso, el juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

3.9 ALIMENTOS

En la causal de separación de hecho si bien no se habla de cónyuge inocente, se trata de identificar al cónyuge perjudicado a quien se le protegerá entre otros con una pensión de alimentos, al respecto su fijación debe considerar como en el caso de las otras causales lo dispuesto por el artículo 350 del Código Civil, cesando la obligación alimentaria por el divorcio, salvo que el perjudicado no tuviera los bienes propios, gananciales suficientes, o esté imposibilitado de trabajar; perjuicio y condiciones de necesidad que deberán ser invocados por el acreedor alimentario y establecidas en la sentencia de divorcio, luego del debate probatorio correspondiente. En el caso de los hijos menores de edad, la lógica varía sustancialmente por cuanto, recordemos, su estado de necesidad se presume.

3.10 PATRIA POTESTAD

En el caso de la separación de hecho, el dispositivo modificadorio aunque deficientemente debemos entender, da un tratamiento de carácter remedio a lo concerniente al ejercicio de la patria potestad. Se dispone modificar el artículo 345 del Código Civil y señala que resultan aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341, las mismas que refieren que el padre o madre a quien se haya confiado los hijos, ejerce la patria potestad respecto de ellos, quedando el otro, suspendido en el ejercicio. Olvidó el legislador que a la fecha de la dación de la norma de divorcio se encontraba vigente la modificación del Código de los Niños y Adolescentes, que ya distinguía en los artículos 75 y 76 los supuestos de divorcio y separación de cuerpos por causal específica de la

separación convencional, sancionando en el primer caso a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad, mientras que en el otro, establece que ambos padres ejercen la patria potestad, siendo encargada sólo la tenencia a uno de ellos. Teniendo en cuenta la ratio legis del dispositivo modificador que pretende equiparar para efectos de las relaciones paterno filiales como causales de divorcio remedio a la separación convencional y la separación de hecho, resulta de aplicación del acotado artículo 76 vigente y que ha modificado lo contenido por el artículo 345 del Código Civil. Por tanto, en la causal de separación de hecho al igual que en la separación convencional y divorcio ulterior, ambos padres conservan la patria potestad, encargándosele la tenencia, como uno de sus atributos a uno de los padres, conservando el otro los demás derechos y atribuciones de cuidado, asistencia, orientación, vigilancia personal y patrimonial inherentes al ejercicio de la patria potestad.

3.11 FENECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 319 del Código Civil modificado, relativo al fenecimiento de la sociedad de gananciales, se establece que en los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333, esto es, la causal de abandono injustificado de la casa conyugal y la separación de hecho de los cónyuges, se considera que la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho, apartándose de este modo de la regla general aplicable en la materia cual es que el fenecimiento se produce desde la fecha de la notificación de la demanda. Cambio importante que genera más de una preocupación, que hace requerible una mayor exigencia en la probanza de la causal de separación de hecho y que nos hace dudar seriamente de que por ejemplo la denuncia policial y su subsiguiente constatación pueda tener mayor repercusión como prueba única al igual como ocurre en la causal culposa, ello teniendo en cuenta, que la probanza no sólo va a implicar la verificación de la causal sino además, la determinación de la fecha cierta de fenecimiento de la sociedad de gananciales, y todo lo que ello patrimonialmente involucra, que en

casos de esta naturaleza resultan particularmente relevantes, si tenemos en cuenta adicionalmente que ya era muy frecuente en los procesos por abandono injustificado de la casa conyugal que el cónyuge demandante desconozca o afirme desconocer el domicilio del otro consorte y por tanto se continúe el proceso con un curador procesal, situación que no sería extraña, se repita en la causal de separación de hecho. Si la preocupación era que durante la separación de hecho de los cónyuges no se beneficie indebidamente al cónyuge que no aporta con su trabajo o cuidado al hogar, retornando solo a buscar productos en los cuales no contribuyó, para tal efecto ya existía la norma que lo impedía, la prevista en el artículo 324 del Código Civil, que no ha sido derogada y que no comprendemos cómo va a ser en adelante aplicada, si dispone que en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación, de lo que se deduce que el inocente u abandonado no los perdería, lo que es incompatible con el actual texto del artículo 319, que sin distinguir entre inocentes y culpables dispone la conclusión del régimen de sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho. Tal vez lo más saludable si se quería clarificar los alcances y reglas del régimen patrimonial, hubiera sido incorporar como causal de fenecimiento de la sociedad de gananciales en el artículo 318 la separación de hecho de los cónyuges señalando un plazo legal razonable.

3.12 CONVERSIÓN A DIVORCIO

La legislación contempla la separación de hecho entre los cónyuges como una causal por la cual puede demandarse la disolución del vínculo matrimonial o su decaimiento. En ese aspecto difiere de la separación convencional por la que no puede solicitarse directamente el divorcio. En los casos en los que se pretenda en primer término, la separación de cuerpos por separación de hecho, transcurridos seis meses de su declaración, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la conversión a divorcio. Es conveniente recordar que sólo se eleva en consulta al superior jerárquico la sentencia que declara la separación de cuerpos por separación de hecho, más no la que dispone la separación de cuerpos.

3.13 CADUCIDAD

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 339 del Código Civil en atención a la naturaleza de la causal, ésta se encuentra vigente, en tanto subsista la separación de hecho entre los cónyuges, por lo que resulta importante al considerar la causal, no sólo acreditar la separación por dos o cuatro años en su caso, sino verificar que continúa a la fecha de la interposición de la demanda.

3.14 COSTAS Y COSTOS

En materia de divorcio, por excepción, considerando que la ley en esta causal ha autorizado al cónyuge ofensor a invocar su hecho propio como causal, declarando la disolución en contra incluso de la voluntad del otro, en aplicación del artículo 412 del Código Procesal Civil, procede la declaración judicial expresa de exoneración de costas y costos de la parte "vencida".⁸

⁸Gaceta Jurídica. *Código Civil Comentado Tomo II – Derecho de Familia*. Pag.362. Tercera Edición 2011. Editorial El Búho. Lima – Perú.

4. MARCO JURISPRUDENCIAL

1. CAS. N° 1120-2002- PUNO

Demandante : Roxana Benito López.
Demandado : Wilfredo Molina Bustinza.
Fecha : 10 de enero de 2003

Casación N° 1120-2002-Puno

“Que, al respecto debe 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; *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*, y en *tercer lugar* que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hecho propio, pues en este caso expresamente no resulta aplicable el art.335 del CC.”

2. CAS. 1762-2008-LIMA NORTE

Demandante : Claudiana Ccucho Oviedo.
Demandado : Cirilo Zegarra Huaranca.
Fecha : 30 de junio de 2009

Casación N° 1762-2008-Lima Norte

“En esta clase de divorcio, en el que cualquiera de los cónyuges puede ser quien active el aparato jurisdiccional, es el de la separación de hecho, introducida en nuestro sistema civil mediante la Ley número 27945, modificatoria del artículo 333 del Código Civil; causal que busca dar respuesta a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonios acabados, que en la práctica no cumplen con su finalidad de acuerdo al artículo 234 del Código Sustantivo”

“No obstante en busca de protección a la familia, como célula básica de la sociedad, las normas que regulan el divorcio por la causal anotada, establecen determinados

requisitos para que pueda promoverse, y en su caso ampararse, como es el plazo de dos años si no existen hijos menores de edad, y de cuatro si los hay; la exigencia del cumplimiento de las obligaciones alimentarias; y la fijación de una indemnización al cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente a su parte de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente a la pensión de alimentos que pudiera corresponder”

3. CAS. N° 540-2007-TACNA

Demandante : Leslie Ingrid Rosemberg Villarroel.

Demandado : Francesco TuliniAste.

Fecha : 25 de Marzo de 2008

Casación 540-2007-Tacna

“Cuando el citado extremo de la norma [Art.345 Código Civil]establece que el Juzgador debe velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado con la separación de hecho y de los hijos, señalando la indemnización por daños o la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, la interpretación correcta dela norma al referirse al cónyuge que resulte perjudicado está referido a aquél que no ocasionó la separación de hecho y por otro, es obligación del Juzgador una vez establecida la existencia de un cónyuge damnificado, fijar la indemnización correspondiente cuyo efecto es reparador respecto de las lesiones que se hubiese podido causar.”

5. DERECHO COMPARADO

El ordenamiento jurídico por esencia no puede organizar situaciones de hecho, sin embargo hemos de ser conscientes que a veces las relaciones personales sociológicas de hecho dan origen a la existencia de una realidad extrajurídica que de algún modo más o menos tardíamente, ha de asumir el legislador para proteger los intereses legítimos de las personas que se encuentran inmersas en ellas, ya que el derecho debe proteger a la familia. Dentro de esta realidad extrajurídica podemos situar a la separación matrimonial de hecho, que la mayoría de la doctrina coincide en definir como la interrupción de la vida conyugal por parte de los esposos, sin intervención de la autoridad judicial competente. Tras el análisis de la formación y evolución histórica, nos encontramos con que esta figura apenas tiene precedentes históricos. Por lo cual señalamos algunos de los antecedentes:

5.1 DERECHO ANTIGUO

El origen del divorcio se remonta a los más lejanos tiempos. Su forma primitiva fue el repudio concedido generalmente a favor del marido y para aquellos casos en que la mujer se embriagara, castigara a los animales domesticos, no tuviera hijos o tuviera solamente mujeres. Se permitió que el marido repudiara a su mujer, si esta cometía adulterio, preparaba un veneno, tenía llaves falsas. Pero no le daba a la mujer el derecho de repudio; ley durísima juicio de Plutarco, y mencionaba una ley de solón según la que, en Atenas, se daba a la mujer como al marido el derecho de repudiar a su cónyuge, y trajo colación la opinión de ciceron, que atribuya las causas de la repudiación a las Doce Tablas. No cabe duda, pues, concluye, de que esta ley aumento las causas de repudio establecidas por Rómulo; la ley no exigía (para el divorcio) que se expusieran razones; para el repudio se necesitan causas y para el divorcio no. De todas maneras, la repudiación, practicada en distinta forma pero con igual severidad en los diversos pueblos, evolucionó en un largo y complicado proceso, hasta traducirse en el divorcio⁹.

⁹ Max Mallqui Reynoso y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*. Pag. 396. Edición 2001. Editorial San Marcos. Lima – Perú.

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

5.2 DERECHO GERMANICO:

La tradición jurídica germánica aunque no trata especialmente de la figura de la separación de hecho la admite en determinados momentos, sobre todo en el antiguo derecho, que permitía el divorcio por convenio mutuo de los que habían concluido el contrato matrimonial y posteriormente como consecuencia de la aplicación del derecho eclesiástico-confesional que solo admite la separación de mesa y lecho. La figura de la separación conyugal aparece como institución jurídica cuando el matrimonio llega a ser indisoluble por el cristianismo y ser aceptado por este mismo principio por el derecho canónico, históricamente podríamos decir que la separación aparece subrogado del divorcio. Ante el principio riguroso de indisolubilidad del matrimonio el derecho canónico introduce la separación personal de los cónyuges como remedio de matrimonios en los que la convivencia se había hecho molesta e intolerable.

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

infertilidad, el uso de venenos y la sustracción de las llaves de las bodegas de vino ;los litigios con la nuera y la impudicia; el envenenamiento y la alcahuetería; el repudio por homicida, por envenenador o violador de sepulcros. Las novelas aceptaron como causales la impotencia del varón ,el ingreso a la vida monástica, el cautiverio, la expedición militar al presumirse la muerte, la profanación de tumbas, el encubrimiento de ladrones ,el levantamiento de las audaces manos contra el marido, el adulterio, el bañarse o comer con un extraño; entre otras. En el antiguo derecho romano encontramos las primeras referidas para el enfoque del problema jurídico de la separación matrimonial de hecho aunque, el planteamiento de esta cuestión, no puede tener semejanza con la actual situación en el derecho moderno. En el matrimonio en el derecho romano es una situación de convivencia conyugal de personas de distintos sexo (marido y mujer) no era implícito la convivencia por lo tanto no se podía determinar con mayor determinación la separación de hecho, pero si se puede encontrar fuentes situaciones similares, pero no con las consecuencias jurídicas que genera la separación matrimonial de hecho en el derecho actual.

- **EN EGIPTO.-** Se dieron numerosos contratos matrimoniales que datan de 3000a 4000 a.c poner de manifiesto el predominio del matrimonio monógamo, pero también la posibilidad del divorcio cuando la mujer incurría en culpa grave.
- **EN BABILONIA.-** Existe el repudio, pero el marido devolverá a la mujer, en tal supuesto, la totalidad de su dote, en caso de haber descendientes y le dará todavía tierras en usufructo. Aun le corresponderá a ella derecho a educar a los hijos. Babilonia fue más lejos se practicó el repudio, como todo el oriente, conoció también el divorcios aquí se puede afirmar que el repudio es repugnante fruto de la esclavitud de la mujer, el divorcio nace allá donde ella es libre. Según el Zend-Avesta-Libro supremo del pueblo Zenda-Solo cuando la mujer, después de nueve años de casada, no ha tenido hijos que procuren, a su padre difunto la entrada al cielo puede el paras casarse con ora

mujer, mas de la primera .su matrimonio fue esencialmente monógamo, prohibiéndose decididamente, como ninguna otra ley oriental la hecho, las uniones fuera del matrimonio.

- **EN EL DERECHO INDOSTANICO:** Según las leyes del “MANU “,aparte de los receptos citados, puede afirmarse que el divorcio ,y la repudiación .Se permitan a ambos cónyuges ,si bien por diversas razones, aunque se imponía a ciertas separaciones sacrificios pecuniarios. El marido sostiene Ahrens ,podía repudiar a la mujer estéril, al octavo año ,a aquellas cuyos hijos morían, al decimos, y a la que no procreaba más que hijas, al decimoprimeros, podía hacer lo mismo por embriagues ,malas costumbres ,incompatibilidad de caracteres ,enfermedad incurable

- **EN LA ANTIGUA CHINA.-** La ley china más antigua es ampliamente liberal respecto a los derechos que tiene el marido para repudiar a su mujer. Según el testimonio de uno de los códigos más antiguos:

”Cuando alguna mujer tiene una mala cualidad es muy justo y muy razonable ponerla a la puerta” reconocía la ley siete causales de divorcio que eran; esterilidad, impudicia, falta de consideración y mal carácter enfermedad incurable. No obstante la abundancia de causales, la práctica dela repudiación o del divorcio en la china inmemorial, era poco frecuente.

- **EN EL DERECHO MEDIEVAL**

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

5.3 DERECHO MODERNO

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

5.4 DERECHO CONTEMPORANEO

Después de la revolución francesa el divorcio absoluto se incorpora en la mayoría de las legislaciones del mundo y tuvo básicamente en el Code de 1804 tres causales: las señaladas en cada ordenamiento jurídico, las concedidas por mutuo disenso y no las peticionadas por voluntad de cualquiera de los cónyuges; pero el divorcio está hoy muy generalizado en casi todos los demás países del mundo, con escasas y significativas excepciones como en Irlanda, Portugal, España, Argentina, Chile, Brasil, para matrimonios canónicos, mas no así para los civiles. Desde el punto de vista doctrinal es posible dividirlo en los siguientes tipos: divorcio-repudio (disolución sin expresión de causa), divorcio-sanción (cuando se incurre en culpa), divorcio-quebra (actos que resquebrajan el vínculo), divorcio-remedio (por causas objetivas y sin culpa); divorcio-convencional por mutuo disenso). En el Perú el código civil de 1852 admitió el divorcio pero tan solo como un caso de separación de cuerpos. Los códigos de 1836 y 1984 adoptan criterios divorcistas aunque con serias deficiencias y defectos. En este último cuerpo jurídico, el divorcio se encuentra regulado en el libro III, Sección segunda, título, capítulo segundo y, específicamente, en los artículos 348 al 360, últimamente modificado por la ley 2749.¹⁰

¹⁰ Max Mallqui Reynoso y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*. Pag. 396. Edición 2001. Editorial San Marcos. Lima – Perú.

6. CONCLUSIONES

- Con el fin de otorgar mayor protección al cónyuge más perjudicado con el divorcio por la causal de separación de hecho, y así como poder identificarlo, se ha determinado que los factores tomados en cuenta por los jueces para su mejor resolver, así he podido observar que tienen en cuenta circunstancias, como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad y mayores con discapacidad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.
- Así mismo, al realizar el análisis de la sentencia, se ha observado que la indemnización o adjudicación proveniente de la sociedad de gananciales puede obtenerse cuando la misma se solicita expresamente en el petitorio, o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi, esto es, cuando se haya alegado hechos claros y concretos que justifiquen su otorgamiento.
- La configuración del Divorcio por la causal de Separación de Hecho se requiere de los tres elementos fundamentales, los cuales son objetivo, subjetivo y temporal de dos años si no tiene hijos menores y cuatro años si los tuvieran, además que el demandante se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.
- Es por ello que se puede concluir que el presente proceso se desarrolló de manera adecuada, logrando con ello cumplir la finalidad del proceso civil, la cual es mantener el ordenamiento jurídico y procurar su respeto por la sociedad, de manera que ésta puede desarrollarse dentro de parámetros de paz social logrando la satisfacción de los intereses de los particulares que están enfrentados por un conflicto jurídicamente relevante o que pretenden dilucidar una incertidumbre

jurídica, lo que se hace aplicando la ley y reconociendo o declarando los derechos que correspondan

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

7. RECOMENDACIONES

- Debe existir mayor estudio en la especialidad referida al derecho procesal familiar, puesto que su desconocimiento hace que los jueces teman flexibilizar los trámites rigiéndose por las reglas imperativas del derecho procesal civil, sin considerar que los casos de familia implican problemas humanos inherentes a la dignidad de la persona involucrada, por lo que al ser un proceso tuitivo que se orienta a resolver conflictos personales, el juez debe revisar y dar solución inmediata a las controversias que observe a fin de evitar judicializar cada tema familiar, en tanto ello no favorece la coparentabilidad ni el vínculo interpartes, más aún si no existen muchos abogados especializados en la temática, lo cual genera un ejercicio profesional insuficiente que no le permite a las partes conocer todos los aspectos que se pueden ventilar y resolver dentro del proceso, por lo que ante el desconocimiento de la parte, es el juez quien debe indagar cuáles son las pretensiones que se requieren resolver evitándose procesos innecesarios.

8. RESUMEN

La Separación de Hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. Esta causal está inmersa en las siguientes implicancias:

- Incumplimiento del deber de cohabitación, es decir, que los cónyuges ya no vivan juntos, y que esta separación haya sido por un período largo y sin interrupciones de dos a cuatro años (si tienen hijos menores de edad). En este caso, los cónyuges no tienen la voluntad de hacer la vida en común, puede darse ya sea porque uno de los cónyuges se aleja por su propia voluntad o por el acuerdo de ambos.
- Puede presentar la demanda por la causal de Separación de Hecho cualquiera de los cónyuges, ya sea porque el otro cónyuge se lo pidió o el mismo responsable de la separación, es decir, quien abandonó el hogar.
- En este caso, es de alguna manera irrelevante, cuál ha sido la causa de la separación. Aquí lo más importante es que se haya dado la interrupción de la cohabitación de manera prolongada, quedando en evidencia, que el matrimonio ha quedado definitivamente roto.
- Esta causal de Separación de Hecho, se basa en hechos objetivos: no se ha hecho vida en común durante un largo tiempo, dos o cuatro años y de manera ininterrumpida.
- Para poder demandar por la causal de separación de hecho, el cónyuge deberá estar al día en sus obligaciones alimentarias.
- El Juez por mandato de la ley deberá identificar al cónyuge perjudicado y brindarle su protección. Para esto se requiere la invocación, debate probatorio, contradictorio, congruencia, que determinen cómo el cónyuge fue el perjudicado.
- Una vez identificado el cónyuge perjudicado, si lo hubiera, entonces el Juez ordenará las medidas correspondientes para proteger la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho (aquel que no ocasionó la separación de hecho), así como la de los hijos.
- La indemnización al cónyuge perjudicado, incluye el daño moral irrogado, psicológico, el haberle afectado un proyecto personal de vida y el daño patrimonial.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Gaceta Jurídica. (2011). *Código Civil Comentado Tomo II - Derecho de Familia*. Lima - Perú: El Búho.

Gaceta Jurídica. (2016). *Derecho de Familia. Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ramos, K. D. (2014). *Deberes y Derecho del Matrimonio*. Lima.

Zumaeta, M. M. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: San Marcos.

10. ANEXOS

DESARROLLO PROCEDIMENTAL

En el presente capítulo se realizará un resumen detallado del expediente materia de informe.

1. ETAPA POSTULATORIA

La etapa postulatoria del proceso consiste en la presentación de las posiciones de cada una de las partes.

1.1. DEMANDA

El 17/06/2010 se presenta demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho, en vía procedimental de Conocimiento, interpuesta por Cesar Antenor García Ávila contra Amalia Quiroz Llucho, ante el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Santa.

1.1.1. PETITORIO: El demandante interpone demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho, a fin que se ordene la disolución del vínculo matrimonial existente entre Cesar Antenor García Ávila y Amalia Quiroz Llucho y en consecuencia de ello se adjudique los bienes sociales al cónyuge.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1.1.2.1. Con fecha 31/01/1970 las partes contrajeron matrimonio civil ante la Municipalidad Provincial del Santa, producto de la relación procrearon a tres hijos, los mismos que a la fecha son mayores de edad.

1.1.2.2. En el año 1995 empieza a agudizarse la relación matrimonial por cuanto decidieron separarse de hecho, quedando la demandada al cuidado de los hijos.

1.1.2.3. Durante el matrimonio el único bien adquirido es el inmueble ubicado en la Calle Bolognesi Mz. Y Lote 17 Asentamiento Humano El Porvenir, distrito de Chimbote, el mismo que quedo

en posesión de la demandada y se fija como indemnización a favor de la demandada.

1.1.2.4. Desde la fecha en que se produjo la separación no volvieron a tener relaciones de ninguna índole, es por ello que el demandante ha formado un nuevo hogar con Fermina Lucia Vilca Aguilar con quien ha procreado al menor Cesar Waldir Iuden García Vilca.

1.1.2.5. En lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos, no es necesario pronunciarse puesto que los hijos son mayores de edad y han pactado los cónyuges renunciar a los alimentos por encontrarse con la capacidad económica suficiente.

1.1.2.6. Se encuentra acreditado la no existencia de cohabitación, la separación de hecho unilateral y el tiempo de permanencia del estado de separados de facto, la existencia de hijos mayores de edad.

1.1.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

1.1.3.1. Artículo 424 del Código Procesal Civil, que se refiere a los requisitos de la demanda.

1.1.3.2. Artículo 348 del Código Civil concordante con el artículo 349 del mismo cuerpo legal, los cuales se refieren a que el divorcio por causal disuelve el vínculo matrimonial. Inciso 05 y 12 del Art. 33 del Código Civil modificado por Ley N° 27495.

1.1.4. VÍA PROCEDIMENTAL:

La demanda se tramita en Vía de Proceso de Conocimiento de conformidad con el artículo 475 del Código Procesal Civil.

1.1.5. MEDIOS PROBATORIOS:

Ofrece los siguientes medios probatorios:

1.1.5.1. Copia de las partidas de nacimiento de los hijos mayores de edad.

1.1.5.2. Copia del acta de matrimonio de los cónyuges.

1.1.5.3. Transferencia de posesión del inmueble.

1.1.5.4. Convenio de mutuo acuerdo.

1.1.5.5. Copia de la partida de nacimiento del menor del nuevo compromiso.

1.1.5.6. Certificado de convivencia.

1.1.5.7. Declaración jurada de domicilio y convivencia.

1.2. AUTO ADMISORIO

Con resolución N° 01 de fecha 01/07/2010 la juez del 1° Juzgado de Familia resuelve admitir a trámite la demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho en vía de proceso de Conocimiento, tiene por ofrecidos los medios probatorios y corre traslado a la parte demandada y al representante del Ministerio Público para que en el plazo de 30 días absuelvan la demanda.

1.3. ABSOLUCIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público interviene en defensa del vínculo matrimonial y de la familia en cuanto esta constituye la célula básica de la sociedad, por lo que el 19/07/2010 la representante del Ministerio Público absuelve la demanda.

1.3.1.1. FUNDAMENTOS DE HECHO

1.3.1.1.1. Respecto a la celebración del matrimonio con la demandada ante los registros civiles de la Municipalidad Provincial del Santa con fecha 31/01/1970 se acredita con el acta de matrimonio y producto de la relación procrearon tres hijos que son mayores de edad.

1.3.1.1.2. En un principio la relación era armoniosa y en el año 1995 se empieza a agudizar el problema debido a que la demandada adopta un carácter impulsivo.

1.3.1.1.3. Durante el matrimonio han adquirido el único bien inmueble en el que actualmente vive la demandada y que se fija como indemnización a favor de la demandada.

1.3.1.1.4. En el año 1995 decidieron separarse y desde esa fecha nunca más las partes han vuelto a tener relaciones de ninguna índole, siendo que el demandante formó un nuevo hogar con

Fermina Lucia Vilca Aguilar, con quien ha procreado a su menor hijo Cesar Waldir Iuden García Vilca.

- 1.3.1.1.5.** Para que se configure la causal de Separación de Hecho el accionante deberá acreditar la separación durante un periodo ininterrumpido de dos años.

1.3.1.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- a) Artículo 18 Ley Orgánica del Ministerio Público – Decreto Legislativo 052, determina que el Ministerio Público tiene como función la defensa de la familia, los menores y la sociedad.
- b) Artículo 481 del Código Procesal Civil, prescribe que el Ministerio Público es parte en estos procesos en defensa del vínculo matrimonial.

1.3.2. DEMANDADA (AMALIA QUIROZ LLUCHO)

- 1.3.2.1. PETITORIO:** La demandada absuelve el traslado de la demanda solicitando que se declare infundada la misma.

1.3.2.2. FUNDAMENTOS DE HECHO:

- 1.3.2.2.1.** Desde el año 1970 hasta 1990 la relación fue estable pero como cualquier relación de pareja tuvo altibajos, vivieron una vida feliz compartiendo el hogar conyugal.
- 1.3.2.2.2.** En el año 1994 el demandante abandonó el hogar conyugal.
- 1.3.2.2.3.** Es cierto que obtuvieron un inmueble pero que vendió para poder sobrevivir por cuanto con el abandono del demandante no contaba con dinero para los gastos necesarios del hogar.
- 1.3.2.2.4.** Manifiesta que no cuenta con los medios económicos suficientes para subvencionar todos sus gastos personales por cuanto padece de una enfermedad.

1.3.2.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

- 1.3.2.3.1.** Artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil, que se refiere a los requisitos de la demanda.
- 1.3.2.3.2.** Artículo 345 y 349 del Código Civil, indemnización en caso de perjuicio, divorcio por causal, Inciso 05 y 12 del Art. 33 del Código Civil modificado por Ley N° 27495.

1.3.2.4. RECONVENCIÓN

La demandada en vía de proceso de conocimiento reconviene la demanda de divorcio por causal de separación de hecho y como efecto de ello interpone demanda de Divorcio por Causal de Adulterio Continuado contra su cónyuge Cesar Antenor García Ávila

1.3.2.4.1. FUNDAMENTOS

- a) Con el abandono injustificado del demandado dejó en total desamparo tanto moral, personal, económico, psicológico a su familia.
- b) El demandado tiene una familia, es decir una relación convivencial con la señora Lucía Vilca Aguilar, con quien tiene formalizado un nuevo hogar y con quien ha procreado un hijo extramatrimonial.
- c) En condición de cónyuge perjudicada solicita una indemnización que debe cubrir los daños ocasionados a su persona, incluyendo el daño personal.
- d) El inmueble adquirido durante la unión fue vendido para cubrir las deudas de alimentación, vestimenta, etc.

1.3.2.4.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- a) Artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.
- b) Artículos 348, 350, 351, 352 del Código Civil sobre divorcio, consecuencias del divorcio, indemnización por daño moral y pérdida de gananciales.

1.3.2.4.3. MONTO INDEMNIZATORIO

Los daños causados a la persona, salud física, psicológica, moral y social, la suma equivalente a S/. 50,000.00.

2. ETAPA PROBATORIA

En esta fase las pruebas admitidas son actuadas, por ejemplo si alguien ofrece como medio probatorio un video, en este momento se visualiza. Hasta la etapa de saneamiento probatorio esta prueba ha sido vista por el juez.

2.1. AUDIENCIA CONCILIATORIA

2.1.1. ETAPA CONCILIATORIA

No se realiza conciliación por la incurrancia de la parte demandada.

2.1.2. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

- a) Establecer si se da el presupuesto del divorcio por causal de separación de hecho.
- b) Establecer si se da el tiempo que exige la ley.
- c) Establecer si se encuentra al día en las pensiones alimenticias.
- d) Establecer si tienen bienes gananciales a efectos de señalar una indemnización.
- e) Establecer si procede el cese de pensión alimenticia a la cónyuge.

2.1.3. ADMISIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

- a) **DEL DEMANDANTE:** Acta de matrimonio, actas de nacimiento, propuesta de convenio, copia de transferencia de posesión de inmueble, certificado de convivencia, copia de D.N.I. y copia de declaración jurada.
- b) **DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Las ofrecidas por el demandante.
- c) **DE LA DEMANDADA:** Copia de D.N.I., acta de transferencia de mejoras y renuncia de posesión, constancia domiciliaria, impuesto predial y arbitrios, constancia de matrícula, recibos de pago y pasaporte.
- d) **DE LA RECONVENCIÓN:** Partida de matrimonio, copia del acta de nacimiento, copia de certificado de convivencia y declaración jurada de domicilio, pliego interrogatorio, certificado médico, constancia médica y boleta de venta.

e) **DE LA RECONVENIDA:** Los medios probatorios presentados en la demanda.

2.1.4. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 03/06/2011 se celebró la audiencia de pruebas, llegando a encontrarse presentes el demandante y la demandada, ambos asistidos con sus abogados patrocinadores, es así que se procede a la actuación de los medios probatorios de las partes (documentales y declaración de parte).

3. ETAPA RESOLUTORIA

En esta fase, el juez revisa lo que las partes han alegado en la demanda y la contestación, y a la luz de los medios probatorios, realiza la subsunción; esto es, revisar qué hechos están acreditados, y establecer qué normas de derecho material son aplicables, para finalmente decidir quién tiene la razón, emitiendo una sentencia.

3.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Santa, emite sentencia mediante resolución número 11 en la que Declara Fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, por las siguientes consideraciones:

3.1.1. La Acreditación del Vínculo Matrimonial y la Fijación del Último Domicilio Conyugal: Con el acta de matrimonio se acredita que las partes contrajeron matrimonio civil el día 31/01/1970 ante el Concejo Provincial del Santa, teniendo como último domicilio conyugal el Jr. Bolognesi Mz. Y Lt. 17 Asentamiento Humano El Porvenir - Chimbote.

3.1.2. Norma Legal - Divorcio por Causal de Separación de Hecho: Para la configuración de la causal de separación de hecho es necesario que se establezcan los tres elementos: *Elemento Objetivo.- cese efectivo de la vida conyugal, alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos, incumplimiento del deber de cohabitación. Elemento Subjetivo.- permite discutir las razones del alejamiento, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación. Elemento Temporal.- se requiere que la separación se*

prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

3.1.3. Análisis de los Tres Elementos:

3.1.3.1. Elemento Objetivo.- ambas partes refieren que se encuentran separados desde el año 1995, implicando con ello el cese de la cohabitación física, de la vida en común de las partes y por el cual se encuentran separadas de hecho y no hay posibilidad de reanudar sus relaciones maritales.

3.1.3.2. Elemento Subjetivo.- el demandante ha formado un nuevo hogar teniendo una nueva carga familiar, asimismo la demandada manifiesta que se no mantiene ningún tipo de comunicación con el demandante, de lo que se colige que no existe evidencia alguna de las partes de una posible reanudación matrimonial para hacer vida en común.

3.1.3.3. Elemento Temporal.- las partes durante el matrimonio han procreado tres hijos que a la fecha son mayores de edad, además se verifica que la fecha de separación es el año 1995, por cuanto el periodo de tiempo de separación de dos años se ha superado en exceso.

3.1.4. Indemnización en caso de Perjuicio: El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Se demuestra que el demandante no ha cumplido con sus deberes y derechos de esposo y uno de ellos es el deber de fidelidad, más aún si éste hace referencia que ya ha formado un nuevo hogar con doña Fermina Lucia Vilca, con quien convive y ha procreado un hijo.

Por ello se evidencia claramente que la demandada resulta ser la cónyuge perjudicada y la que deberá ser indemnizada por el demandante, quien resulta ser el cónyuge culpable de la dejación conyugal y de la ruptura matrimonial y por ende la frustración de la vida matrimonial.

3.1.5. Norma Legal - Divorcio por Causal de Adulterio:

3.1.5.1. Causal de Adulterio.- el trato sexual con tercera persona, sostenida por quien contrajo matrimonio civil, violando el deber

de fidelidad que nace del matrimonio constituye una causal de adulterio.

3.1.5.2. Caducidad del Derecho.- la acción caduca a los seis (6) meses de conocida la causa por el ofendido y en todo el caso, a los cinco años de producida, presupuesto que se ha configurado puesto que el hijo extramatrimonial ha nacido el día 07/07/1999 quien en la actualidad tiene 12 años, configurándose con ello la caducidad de la causal de divorcio por adulterio, advirtiéndose así su improcedencia.

3.1.6. Decisión: Declarar fundada la Demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho interpuesta por Cesar Antenor García Ávila contra Amalia Quiroz Llucho, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído el 31/01/1970 por ante el Concejo Provincial del Santa, e Improcedente la Reconvenición por Causal de Adulterio interpuesta por Amalia Quiroz Llucho contra Cesar Antenor García Ávila, estableciendo los siguientes regímenes:

3.1.6.1. Régimen Familiar y Alimentario.- No se emite pronunciamiento por no existir menores de edad. Y en cuanto a la pensión del demandante éste renuncia, y respecto a la pensión de alimentos a favor de la demandada asignada en el Exp. N° 775-2009 seguido ente el Segundo Juzgado de Paz Letrado, se considera pertinente no pronunciarse sobre este punto a fin de evitarse resoluciones contradictorias por lo cual, este extremo quedará sujeto a lo que resuelva el superior en materia de alimentos.

3.1.6.2. Régimen Patrimonial.- Durante el matrimonio entre las partes señalan haber obtenido solo un bien inmueble producto de la sociedad de gananciales ubicado en el Jr. Bolognesi Mz. Y Lt. 17 PP.JJ. El Porvenir, pero al no haberse acreditado fehacientemente no se emite pronunciamiento alguno, dejando a salvo su derecho a fin de que lo haga valer en el modo y forma de ley.

3.1.6.3. Indemnización.- Se fija indemnización en la suma de Quinientos y 00/100 Nuevos Soles a favor de Amalia Quiroz Llucho por ser el cónyuge perjudicado.

4. ETAPA IMPUGNATORIA

Los medios impugnatorios son los mecanismos procesales mediante los cuales las partes o los terceros legitimados solicitan la anulación o la revocación, total o parcial, de un acto procesal presuntamente afectado por un vicio o por un error, es la parte que se ve afectada con el proceso que puede cuestionar la decisión de primera instancia, mediante el recurso de impugnación.

4.1. APELACIÓN DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La demandada Amalia Quiroz Llucho mediante escrito de fecha 20/09/2011 interpone recurso de apelación contra Sentencia emitida mediante Resolución N° 11 de fecha 08/09/2011 por cuanto no se ha tenido en cuenta los argumentos de defensa esgrimidos demandada, a fin de que se Revoque recurrida en sus extremo que declara Improcedente la Reconvención por la Causal de Adulterio Continuo y en el extremo correspondiente a la Indemnización por Daños, por un monto irrisorio de S/. 500.00.

4.1.1. Agravios de Hecho y Derecho:

4.1.1.1. La razón esencial de la presente apelación está sustentada en la vulneración del Art. 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil y Artículo 139 inc. 3 de la Constitución Política del Perú, en tanto toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con sujeción a un debido proceso situación que no se ha producido en la emisión de la sentencia, de conformidad a los siguientes fundamentos:

- a) En lo que corresponde al análisis de los 3 elementos que debe contener el divorcio por causal de separación de hecho la motivación no se encuentra sujeta al rigor procesal que exige la ley. En lo que corresponde al ***elemento subjetivo: se encuentra acreditado que el actor formo un nuevo hogar aun manteniendo el vínculo matrimonial vigente***, hecho que hubiera sido advertido en el elemento objetivo por cuanto de la sustentación de la contestación de la demanda y el

planteamiento de la reconvención afirmo claramente que el actor se alejó con una intención manifiesta de dejar de lado sus deberes conyugales como paterno - filiales, de lo que se colige que efectivamente la presencia del elemento subjetivo, con la particularidad que la cónyuge no podía normalizar una vida conyugal con el actor el cual abandono a su cónyuge con tres hijos para formar un nuevo hogar, pretendiendo confundir a la justicia solicitando divorcio por causal de separación de hecho cuando debe concederse el divorcio por causal de adulterio continuado.

- b) En lo concerniente al requisito de admisibilidad de la demanda la juez concluye que el actor se encuentra al día en el pago de la pensión de alimentos con tan solo mencionar la presencia de resoluciones judiciales del Exp. N° 775-2009, al respecto cabe precisar que estos documentos por si mismos no causan convicción si efectivamente el actor se encuentra al día en el pago de sus pensiones alimenticias, siendo lo real que desde el mes de enero no aporta pensión alguna, hecho que fue dado a conocer en los alegatos oportunamente y que no han sido tomados en cuenta.
- c) La motivación que corresponde a la indemnización por daños resulta insuficiente por cuanto debió hacer un examen más minucioso y exhaustivo de los hechos para llegar a establecer el grado de culpabilidad del actor frente a la cónyuge abandonada. La doctrina si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho, sin embargo para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo a fin de identificar al cónyuge más perjudicado;
 - Que no ha dado motivo para la separación de hecho.
 - Que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja

material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio.

- Que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

4.1.1.2. Al decidir el actor separarse de su cónyuge esta quedó en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material, hecho que no ha podido ser contradicho por el demandante. La separación causó un profundo resquebrajamiento físico y moral de mi persona produciéndose un evento dañoso que a la fecha no se ha podido recuperar y que acredita con certificados médicos presentados.

4.1.1.3. Asimismo el proyecto de vida en condición de cónyuge en un hogar plenamente constituido se ha visto destruido causando un perjuicio material a su persona y a sus hijos, siendo la prueba más plausible que desde que ocurrió la separación unilateral jamás obtuvo una asignación de pensión alimenticia en condición de cónyuge.

4.1.1.4. En lo referente a la pretensión sobre el divorcio por la causal de adulterio se incurren en profundos errores de concepción y aplicación del derecho sustantivo y adjetivo:

- a) La juez señala que habiendo nacido el hijo extramatrimonial el 07/07/1999, el cónyuge ofendido debió *presumir* de su existencia por cuanto la partida de nacimiento tiene el carácter de público por tanto su conocimiento se hace desde la fecha de la inscripción de la misma y por tal razón han transcurrido 12 años de conocido el hecho, por lo tanto se encuentra bajo los términos de caducidad. Esto es un error, por cuanto el elemento típico de un divorcio por la causal de adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio sea ocasional o permanente, asimismo no se puede aplicar el principio de publicidad registral a este documento.

4.1.1.5. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el

mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o lo que deriven del caso, por lo que los justiciables deben obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas, pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

5. ETAPA DE EJECUCIÓN

Finalmente, cuando la decisión judicial ha recorrido toda la etapa de revisiones posibles y ha adquirido firmeza y calidad de cosa juzgada, se ejecuta la sentencia.

5.1. SENTENCIA DE SALA

Mediante resolución N° 18 de fecha 10/04/2012 y Aclarada por resolución N° 19 de fecha 29/05/2012, se tiene la sentencia de vista que confirma la sentencia de fecha 22/08/2011 que declara fundada la demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho y modifica la misma en el extremo de la indemnización a favor de la demandada, mediante los siguientes considerandos:

5.1.1. Sobre la Motivación Deficiente.- la motivación entendida como la pericia que tiene el juzgador de fundamentar el fallo en apreciaciones fácticas y jurídicas, es una garantía de una recta administración de justicia, pues permite a los justiciables conocer las causas por las que la pretensión que se esgrimió fue restringida o denegada y esto, en buena conducta, hace viable que quien se sienta agraviado por la decisión del juez pueda impugnarla, posibilitando el control por parte de los órganos judiciales superiores. En la sentencia de primera instancia se ha justificado con un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho cada uno de los extremos de la decisión, si la demandada no obtuvo una resolución favorable a sus expectativas procesales no significa que no haya habido motivación.

5.1.2. Sobre la Reconvención.- la juez de primera instancia ha razonado correctamente al considerar que la acción de divorcio por causal de adulterio ha caducado, si se tiene en cuenta que el hijo extramatrimonial del demandante tiene 12 años, por cuanto la acción de divorcio por causal

de adulterio efectivamente ha prescrito, en consecuencia la reconvencción deviene improcedente.

5.1.3. Sobre la Improcedencia de la Demanda por Causa de no estar al Día en el Pago de Obligación Alimentaria.- sobre este supuesto debe considerarse que antes de la interposición de la demanda, en proceso tramitado en el juzgado de paz letrado se señala como asignación anticipada 20% de los haberes mensuales que percibe como trabajador, es así que se expide sentencia en la que se resuelve declarar fundada en parte la demanda y se fija una pensión del 10% de las remuneraciones del actor, pero dicha resolución es de fecha posterior a la presentación de la demanda de divorcio, por lo que no constituye impedimento procesal para que el actor haya podido interponer demanda de divorcio por causal de separación de hecho.

5.1.4. Respecto a la Indemnización a favor de la Cónyuge Perjudicada.- resulta evidente que la separación se produjo por culpa del demandante, por lo tanto le corresponde la adjudicación de la totalidad del bien inmueble adquirido durante el matrimonio a favor de la demandada.

5.2. EJECUCIÓN

Encontrándose en ejecución de sentencia, mediante resolución N° 21 de fecha 21/07/2012 expedida por la Juez del Primer Juzgado de Familia en la que se ordena cursar partes judiciales a la Municipalidad Provincial del Santa y a los Registros Públicos para la inscripción respectiva.

ANÁLISIS DEL PROCESO

1. ACTUACIÓN DE DEMANDANTE:

En lo que respecta a la actuación de la parte demandante con respecto al proceso de Divorcio por causal de Separación de Hecho, fue en general acertado y eficiente, ya que en todo momento presentó los escritos pertinentes dependiendo de la etapa del proceso y los medios probatorios adecuados.

Todas estas actuaciones se traslucen en un resultado óptimo para el demandante, ya que como se ha indicado en el presente informe, el órgano jurisdiccional acoge positivamente la pretensión solicitada declarando fundada la pretensión ordenando la disolución del vínculo matrimonial existente por la causal de Separación de Hecho.

2. ACTUACIÓN DE LA DEMANDADA:

En lo que respecta a la actuación de la parte demanda, se puede apreciar que su pretensión concuerda con la del demandante al formular reconvención con el objeto de que el órgano jurisdiccional declare la disolución del vínculo matrimonial, con la diferencia de que esta contrademanda es por la causal de Adulterio.

Se debe indicar que la demandada formula reconvención en la contestación de la demanda además de presentar los medios probatorios idóneos que sustentan su presentación, teniendo como resultado ser considerada por el órgano jurisdiccional como la cónyuge perjudicada, teniendo derecho a la adjudicación de la totalidad del bien inmueble adquirido durante la vigencia del vínculo matrimonial, a pesar de no haber sido declarada fundada su reconvención.

3. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La intervención del Ministerio Público se da por cuanto entre las funciones otorgadas por la Constitución Política del Perú, es la de la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, debido a ello es que la representante del Ministerio Público en plazo legal establecido, absuelve la demanda de Divorcio por causal de Separación de Hecho con la finalidad de que sea declarada infunda la pretensión, es decir se opone a la disolución del vínculo matrimonial.

4. ACTUACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL:

Los jueces son los encargados de la dirección y actuación de todas y cada una de las diligencias que se desarrollan en el proceso, al respecto cabe mencionar que el presente caso, se llevó una actuación eficiente del órgano jurisdiccional, estando sujetas a lo establecido por las respectivas leyes vigentes y los principios del derecho justificando con un conjunto de razonamientos de hecho y derecho cada uno de los extremos de su decisión.