

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



DIVORCIO, LA SEPARACIÓN DE HECHO

**Trabajo de Suficiencia Profesional para Obtener el Título
Profesional de Abogado**

Autor:

Tiffany Key Meléndez Mendoza

Asesor:

Abg. Arias Cruz Fredy Robert

Huacho – Perú

2017

DEDICATORIA:

Este trabajo está dedicado a mis padres y a mi esposo que siempre me inculcaron los valores idóneos y que siempre hay que luchar por nuestros sueños y siempre ser humildes.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por la fortaleza que a diario me brinda para poder afrontar los duros desafíos de la vida y por haberme brindado la dicha de ser parte del clan familiar del cual soy miembro.

A mis padres por siempre forjarme con los valores idóneos, por nunca haberme dejado solo pese a no tener más obligaciones conmigo, siempre me brindan su apoyo incondicional en favor de mis beneficios.

PRESENTACIÓN

La importancia del presente estudio se circunscribe en que la concepción del divorcio ha ido cambiando a través de la historia, es así que el Código Civil de 1852 lo negaba expresamente. Pero como muchas veces la realidad es más poderosa que la voluntad, en el Código Civil de 1936 se consagró dicha figura, pero solo para determinadas causales, situación que se repitió en nuestro actual Código Civil de 1984.

Es así, que cumpliendo con los requerimientos establecidos por la universidad y siguiendo el lineamiento del Proyecto Esquema Monográfico para la Titulación de Abogados mediante el Trabajo de Suficiencia 2016 - 2017 de estudios de la Escuela de Derecho de la Universidad San Pedro sede Barranca Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pongo a vuestra consideración el presente trabajo de investigación: **“LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO”**

Dicho desarrollo se ha realizado en base al análisis de los Artículo N° 333 inciso 12 y demás conexos del Código Civil Peruano y los artículos pertinentes del Código Procesal Civil Peruano, los cuales manifiestan todo lo concerniente al divorcio por la causal de separación de hecho y su oportuno trámite correspondiente.

Por ello que los resultados aportarán información confiable y actualizada a los órganos jurisdiccionales para la formulación de planes estratégicos de mejora continua de los causales de divorcio, teniendo en consideración que las prácticas socioculturales no son estáticas, sino que obedece al carácter variable de todo lo existente porque la realidad es producto de un proceso histórico, estos cambios constantes y dinámicos de los elementos constituyentes de la sociedad globalizada actual, obviamente, influyen en la noción y práctica sobre el divorcio.

Palabras Claves:

Tema	SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO
Especialidad	Derecho Civil

Keywords:

Text	SEPARATION OF FACT AS A CAUSE OF DIVORCE
Specialy	Civil law

Línea de Investigación: **Derecho**

INDICE GENERAL

N° PAGINAS	
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
PRESENTACIÓN	iii
PALABRAS CLAVES	iv
INDICE GENERAL	v
INTRODUCCIÓN...	1
 CAPÍTULO I	
SEPARACION DE HECHO	
I. ANTECEDENTES	2
II. MARCO TEÓRICO	
2.1. EL MATRIMONIO.....	9
2.2. EL DIVORCIO.....	11
2.3. CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO.....	15
 CAPÍTULO II	
LEGISLACION NACIONAL	19
 CAPITULO III	
JURISPRUDENCIA.....	24
 CAPÍTULO IV	
DERECHO COMPARADO.....	28
CONCLUSIONES.....	33
RECOMENDACIONES.....	34
RESUMEN.....	35
BIBLIOGRAFÍA.....	36
ANALISIS DE EXPEDIENTE.....	38
ANEXO.....	48

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, ofreceremos la visión crítica que mantenemos en torno de la regulación de la causal de separación de hecho, la cual se sustenta no sólo en el análisis e integración de las normas nacionales pertinentes (constitucionales, civiles y procesales civiles).

En el transcurso de la historia el deber de no dañar a terceros ha estado presente desde los inicios del Derecho Romano. Actualmente constituye uno de los más importantes preceptos jurídicos de cualquier sociedad civilizada

En el Perú es mediante la ley N° 27495 del 7 de julio de 2001 que se incorporan modificaciones importantes en la regulación de nuestro Código Civil sobre la materia a tratar, en los cuales se precisan algunos cambios en las causales ya existentes, pero particularmente se introduce dos nuevas causales de divorcio, entre las cuales resalta la causal prevista en el en el numeral 12° del Art. 333° del C.C., esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen. Se trata de una causal, la cual en términos de índoles tanto legislativos así como también teóricos de margen general, los cuales son propios del sistema divorcio remedio bajo la modalidad de causal genérica de divorcio.

Preliminarmente diremos, que admitir que se ha instaurado en el Perú un régimen facilista del divorcio es discutible, máxime si en esta observación apreciamos que el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales, adicionando las ya mencionadas y a regulado de manera resarcitoria asistencialista los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo.

La demanda de divorcio por la causal de separación de cuerpos deberá cumplir los lineamientos generales establecidos para el presente proceso y los cuales se encuentran estipulados en los Artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil a fin que se dé por admitida a trámite la mencionada demanda.

Por estas consideraciones, para poder comprobar si la causal de separación de hecho tiene consecuencias jurídicas, se ha visto por conveniente tomar en consideración los siguientes temas: En el Capítulo I, se desarrolla separación de hecho; las bases teóricas, la definición de términos, cabe resaltar que dentro de las bases teóricas se han desarrollado los temas de mayor relevancia, como son: la familia, el matrimonio, el divorcio y la causal de separación de hecho. En el Capítulo II, se establece la legislación nacional vinculante al tema tratado. En el Capítulo III, se presenta las jurisprudencias, los precedentes vinculantes o los plenos jurisdiccionales. En el Capítulo V, se presenta el derecho comparado.

Finalmente se han arribado a las conclusiones y recomendaciones teniendo como referencia la temática del presente trabajo.

RESUMEN

Antes de tocar la causal de separación de hecho, tenemos que tener muy en claro que su existencia deriva por la institución jurídica del matrimonio, la cual se relaciona de manera directa con la familia la cual es el núcleo de toda sociedad.

La Separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos, en segundo término, que ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta. El objeto de la ley N° 27495, es incorporar como causal de la separación de cuerpos y subsecuentemente divorcio a las causales ya establecidas en el artículo 333° del código civil, la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años.

Para invocar esta 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 demandada, 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 esta 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.

CAPITULO I

SEPARACIÓN DE HECHO

I. ANTECEDENTES

Con relación a la introducción en nuestro sistema jurídico nacional de la causal de separación de hecho como fundamento para la separación de cuerpos o en caso mayor el divorcio, la primera noticia que se tiene, se remonta al año 1931 cuando Bustamante de la Fuente, tal como relata el Dr. Cesar Fernández Arce, la cual expone ante el congreso y luego se menciona en el diario de Debates Del Congreso, la sugerencia del diputado por Celendín Dr. Clodomiro Chávez, en abril de 1940, para que se incorpore como una nueva causa a la legislación de familia, siempre que el lapso de la separación de hecho hubiera durado cinco años. Por su parte el ex parlamentario Javier Valle Riestra ha manifestado que el presente este proyecto en 1993 a la cámara de diputados señalando que la separación de hecho de una pareja debía ser considerado como una nueva causal de divorcio y que cualquiera de los dos tanto el abandonado como el abandonador podían invocarlo.

Cuando señalábamos la imposibilidad de dar una definición de familia dada su multiplicidad de caracteres y finalidades, pensamos que tal disparidad de condiciones ha originado también diversidad de tendencias en cuanto a la toma de decisiones a nivel legislativo, sobre las nuevas causales de separación de cuerpos y divorcio, tal como se refleja en los proyectos de ley obtenidos de los servicios del Archivo General del Congreso, recopilados para este trabajo antes que se lograra la inclusión de estas dos nuevas causales en nuestro ordenamiento en el año 2001.

A la dación de la ley, una de las críticas más reiteradas ha sido aquella que incide en considerarla como de inusitada apertura concedida por el legislador para que se pueda invocar un hecho propio para lograr el divorcio, basándose precisamente en una aplicación que beneficia tanto al denominado cónyuge inocente, como al autor del hecho que originó el conflicto familiar.

Se ha tildado por ello de atentado contra la estabilidad del matrimonio a esta nueva causal, con un sesgo de rechazo que tuvo una evidente demostración al no ser promulgada por el entonces Presidente Constitucional de la República, Dr. Valentín Paniagua Corza quien dejó transcurrir el plazo constitucional establecido con este propósito, motivando que sea el Congreso de la República, el que ordenara se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento, de ahí que en la publicación de la norma en el Diario Oficial, lleve la firma tanto del entonces Presidente del Congreso Carlos Ferrero Costa, como del Dr. Javier Pérez de Cuellar como Presidente del Consejo de Ministros.

De otro lado la ley N° 27495 ha sido producto final de varias ideas cogidas de anteriores proyectos que permanecieron en lista de espera tiempo atrás al no tener aceptación. Así cuando originalmente se dicta el proyecto de ley N° 1716/966-CR se pretendía incorporar como una nueva causal independiente de las demás, la siguiente:

“Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos”.

Pese a reconocerse que el origen de la separación de hecho es diverso e inclusive la negativa de hacer vida en común, puede provenir de ambos cónyuges, no se señalaron las motivaciones en cuanto a la permisividad de invocar un hecho propio por parte del cónyuge que originó la separación, y que trastoca la doctrina inspiradora del código civil, en cuanto a la

prohibición de invocar su propia conducta para beneficiarse con una medida de esta naturaleza, tal como establecía el texto original del artículo 335° del código sustantivo. Se manifiesta que en compensación a tal apertura el legislado favorecía al cónyuge perjudicado con la separación, mediante la figura introducida vía el artículo 345°-A, sobre cumplimiento de la obligación alimentaria con una exigencia mayor sobre este sostenimiento, así como el pago de una indemnización por daños o alternativamente la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Con ello el legislador ha considerado suficientemente compensada a falta de cumplimiento de los deberes matrimoniales, por parte del cónyuge que solicita a separación invocando hecho propio.

Los que estamos interesados en la estabilidad de la familia peruana pensamos que debemos invertir nuestros esfuerzos en darle verdadero fortalecimiento, cumpliendo con el precepto constitucional de protección, pues con ello estaríamos evitando los casos de quiebra efectiva más que luchando contra la inclusión de causales medianamente o mal legisladas respecto al divorcio. No creemos que sea necesario que se permita una mayor profundización de conflictos en las parejas con desavenencias serias, además del desgaste emocional de personas involucradas en largos procesos judiciales, pero pensamos que faltó un análisis más agudo al plantear la propuesta, así por ejemplo nos preguntamos si el legislador en algún momento pensó que podía señalar un único plazo de separación para invocar esta nueva causal, pues por ejemplo en el numeral ocho de la exposición de motivos bajo comentario, se señalaba expresamente que al establecerse la necesidad de señalar un plazo que permita reflejar una situación establece en el tiempo, con voluntad de concluir el matrimonio, solo se tuvo en cuenta armonizar los criterios establecidos en el Código Civil, tomando como parámetro referencia el de la separación conyugal pero de ninguna manera una base de contenido

sociológico o basados en estudios de campo, o en función a una idea central de acuerdo al análisis comparativo de los casos.

La doctora (OLAZÁBAL, 2006) en relación al proyecto de Ley N° 2552/96-CR, opinando también por la modificación del artículo 349° del Código Civil señaló lo siguiente: “Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, además, cuando los cónyuges están separados de hecho por más de cuatro años continuos y a solicitud de cualquiera de ellos”. Respecto a este proyecto de ley es interesante señalar que en la exposición de motivos se manifestó que cuando cualquiera de los cónyuges hubiera optado por la situación fáctica de la separación, durante el tiempo señalando, se hacía innecesario seguir manteniendo el vínculo legal no solo respecto a los cónyuges e hijos, sino también respecto a terceros que pudieran verse afectados, al no poder realizar contratos o transacciones comerciales, actividades industriales, limitándose al normal desempeño de los cónyuges, también en cuanto a su proyección moral, religiosa, política o social respecto de la comunidad y el estado.

Al respecto el Dr. (PLACIDO VILCACHAGUA, 2010) manifestó lo siguiente: “Su origen se encontraba en el surgimiento de los graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines del matrimonio, lo que justifica el divorcio remedio, señalando que se trata de una desavenencia grave precisamente el fracaso de la relación”.

El legislador, acogiendo estas ideas del tratadista señala por su parte que el prolongar indefinidamente la vigencia del matrimonio ya deshecho, pese a que se han adquirido nuevos compromisos, es aferrarse a la negación de la posibilidad a la pareja, de regularizar sus nuevas situaciones familiares sin que ello implique un ingreso al terreno de la liberalidad, sino a legislar sobre la realidad de los hechos.

Es así que mediante la ley N° 27495 del 07 de julio de 2001 se incorporan modificaciones importantes en la regulación del Código Civil sobre la materia, precisándose algunos cambios en las causales ya existentes, pero particularmente se introduce dos nuevas causales de divorcio, las previstas en el numeral 11° y 12° del artículo 333° del C.C., de las cuales la más resaltante es 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.

II.1 EL MATRIMONIO

De acuerdo al modelo seguido por la legislación peruana, el matrimonio no solo es la institución natural y fundamental de la sociedad y del Derecho Familiar, ¿del cual se desprenden todas las demás relaciones, deberes y derechos que surgen como consecuencia de la unión legal y voluntariamente concertada entre varón y mujer; sino que desde el punto de vista técnico es sin lugar a dudas un acto jurídico, en los términos a que se contrae el artículo 140 del Código Civil.

El matrimonio es una institución social y religiosa que crea un vínculo conyugal entre personas naturales. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres

El matrimonio establece entre los cónyuges y en muchos casos también entre las familias de origen de estos una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por ley, que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados o adoptados de sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

En efecto, el matrimonio supone la existencia de la manifestación de voluntad de los contrayentes destinada a crear una relación jurídica, requiriendo para su validez la capacidad de los agentes, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad.

El Dr. (REYNOSO, 2007), lo define como: “La unión espiritual y corporal en forma permanente de un hombre y una mujer, asociados bajo un mismo fin: la procreación y perfección de la especie, mutuo auxilio y consecución de la más plena convivencia comunitaria, sancionada por la ley y disoluble sólo en los casos en ella especificados”.

El Dr. (Rojo, 2014) en referencia al tema señaló lo siguiente: “El matrimonio como acto jurídico es, además, uno de los que importa el cumplimiento y observancia de las mayores formalidades que el sistema ha creado para dotarlo de validez, pudiendo dichas formalidades ser consideradas como de carácter ad solemnitatem, pues ello se desprende de una interpretación sistemática de las normas contenidas en los artículos 144,248 ss. y 274 inc. 8) Del Código Civil”.

Nuestro (Código civil, 2016) señala, el matrimonio según el artículo 234° del Código Civil, “es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.”

Si bien la (Constitución Política del Perú, 2016), declara la promoción del matrimonio (artículo 4, Const.) y, por consiguiente, se estima que los trámites legales y administrativos deberían ser simples para hacerlo posible, ¿existe la consideración de que se trata de la creación de una de las relaciones jurídicas de mayor importancia legal y social, supuestamente permanente; razón por la cual el Código Civil no puede dejar de exigir ciertos requisitos mínimos de

cumplimiento obligatorio por los pretendientes cuya observancia puede llegar a ser engorrosa u onerosa, aun cuando en casos extremos se permitan ciertas exoneraciones.

De otro lado, en cuanto a las formalidades del matrimonio propiamente dichas, a que se contrae el artículo 248 del Código Civil, es pertinente mencionar que las mismas pueden ser clasificadas cuando menos en dos categorías: las formalidades de carácter general y las formalidades de carácter especial.

II.2 CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

El matrimonio válido termina generalmente con la muerte física de uno o ambos cónyuges, por estar destinada a perdurar hasta ese instante. Pero su decaimiento y disolución puede ser anticipada. Situaciones de hecho determinadas adquieren relevancia jurídica para provocar esa anticipación.

En el inc. 12 del Art. 333 del C.C., se introduce la tan discutida causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen.

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

incorporado la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal con caracteres un tanto inculpatorios.

Al respecto (CABANELLAS, 1999), señala que: “La separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que ya se ha producido la desunión por decisión unilateral o conjunta la naturales de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado”.

Es necesario distinguir en la causal de separación de hecho, el tratamiento legislativo dual que ha merecido, en su comprensión o mejor aún difusión como causal objetiva remedio para efectos de la declaración de divorcio y de su tratamiento evidentemente inculpatorio para la regulación de sus efectos, tales como indemnización, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación de un cónyuge perjudicado, a quien el juez por mandato de ley deberá proteger, pero que antes tendrá que reconocer en el proceso, pero no a partir de un acto de buena voluntad sino que procesalmente requiere reconvención y debate probatorio que determinen al perjudicado ¿inocente?, el perjuicio y la reparación en su quantum y forma.

Ahora veremos los elementos de la causal:

- a) Elemento objetivo: Cese efectivo de la vida conyugal, Alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación.
- b) Elemento subjetivo: Aunque resulte discutible que se contemple en una causal de carácter objetivo la presencia del elemento intencional; nuestra legislación al acotar en su tercera disposición complementaria el supuesto

¿supuestos? de improcedencia, permite la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose por tanto a contrario, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación.

- c) 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.

Por último veremos sus efectos legales, lo cual paso a desarrollar.

El primer efecto o consecuencia, común a todas las causales es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo. Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345- A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable.

Como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos.

El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.

- **La pensión de alimentos** que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal, el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio- sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: “El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa”.

- **Patria potestad.** - En el caso de la separación de hecho el dispositivo modificatorio, aunque deficientemente debemos entender da un tratamiento de carácter remedio a lo concerniente al ejercicio de la patria potestad. Se dispone modificar el Art. 345 del C.C. 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 del C.C., 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 Arts. 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.

- **Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales.**- De conformidad a lo dispuesto por el art. 319 del C.C. modificado, relativo al fenecimiento de la sociedad de gananciales se establece que en los casos previstos en los incisos 5 y 12 del art. 333 del C.C., 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 fenecce 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.

- **Caducidad.** - De acuerdo a lo dispuesto por el Art. 339 del C.C. 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.

II.3 EL DIVORCIO

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 (PERALTA ANDIA, 2002)

Cabe precisar que, si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino

hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. Hecha esta salvedad, en lo sucesivo, la referencia a divorcio deberá entenderse efectuada únicamente a la destrucción del vínculo conyugal.

(Jurisprudencia, 1999):

“El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, y con la cual se pone fin a los deberes conyugales ya la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial”.

(MANUEL MURO ROJO Y ALFONSO REBAZA GONZALES, 1997)

señalan que: “Si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior”.

En relación al divorcio nuestra doctrina acoge dos tesis: la tesis antidivorcista y la tesis divorcistas, las cuales desarrollaremos a continuación.

a) tesis 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 posibilidad de separación, están preparadas psicológicamente para luchar contra las dificultades inevitables del matrimonio, lo cual aumenta el espíritu de tolerancia. Sin embargo, si el divorcio es permitido, ¿por qué tolerarlo? En las regulaciones divorcistas,

los matrimonios se contraen desaprensivamente, pues los contrayentes saben que si cometen un error, podrán remediarlo fácilmente.

Al respecto el Dr. (BORDA, 1984), señala lo siguiente:

“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. No menos grave es el problema de los hijos, habida cuenta que la proliferación del divorcio multiplica la cantidad de huérfanos con padres vivos”.

En efecto, es materia pacífica que la destrucción de una familia no afecta a la sociedad y a los cónyuges tanto como a los hijos. Las distorsiones psicológicas y afectivas que se generan en éstos son qué duda cabe elementos que marcan su carácter de modo definitivo.

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"

b) tesis divorcistas

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 forzosos

El Dr. (BORDA, 1984), desde el punto de vista social señala:

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

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

En nuestra doctrina también ubicaremos la clasificación que le dan al divorcio, las cuales se detallarán a continuación:

- a) 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.

No obstante, se cuestiona esta posición atendiendo a la dificultad que representa determinar que tal o cual comportamiento de los cónyuges merezca un premio o una sanción, lo cual podría conllevar a que la sentencia que declare el divorcio termine por constituir un premio al culpable y un castigo para el inocente.

- b) Divorcio remedio. Esta corriente tiene como iniciador al jurista alemán Khal, quien propone como pauta para apreciar la procedencia del

divorcio, la determinación de si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo a la esencia del matrimonio.

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

- c) Sistema mixto. Hemos esbozado hasta ahora los fundamentos de los dos principales sistemas de regulación del divorcio; por un lado el divorcio sanción, basado en un sistema subjetivo o de culpa del cónyuge; y por otro, el divorcio remedio, sustentado de modo objetivo en la ruptura de la vida matrimonial. Sin perjuicio del carácter antagónico de estos dos sistemas es preciso señalar que su combinación es posible, derivando en sistemas mixtos.

Estos sistemas mixtos son a su vez complejos, habida cuenta que mantienen la posibilidad tradicional de la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconventional; y, adicionalmente, se admiten causales no inculpatorias, lo que determina que cualquiera de los cónyuges esté legitimado para demandar al otro. Asimismo, los efectos personales y patrimoniales del divorcio sanción pueden ser aplicables a quienes incurrir en causales no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo de dicho sistema.

CAPITULO II

LEGISLACIÓN NACIONAL

I. Constitución política del Perú

El artículo 2 inciso 1: Recoge el libre desarrollo de la personalidad: “Toda persona tiene derecho a: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.” Dotando de contenido a este inciso al que hago referencia, el Tribunal Constitucional Peruano ha dicho con respecto al tema que: “Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el ius connubi. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantiza y, con él aunque no únicamente, a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independientemente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio.”

El artículo 4: Establece en su segundo párrafo: “Promoción del matrimonio: La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución del matrimonio son reguladas por ley.” Al hacer la Constitución peruana referencia a las “causas” de divorcio, prima facie, le impone al legislador ordinario la obligación de establecer causas y por tanto descartar cualquier regulación del divorcio incausado.

II. Código civil

Artículo 318.- Fin de la sociedad de gananciales Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

3.- Por divorcio.”

Artículo 332.- La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9. La homosexualidad sobreviviente al matrimonio.

10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

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

13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Artículo 334.- La acción de separación corresponde a los cónyuges. Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica. A falta de ellos el curador especial representa al incapaz.

Artículo 335.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.

Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional

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

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los Artículos 340 último párrafo y 341.”

Artículo 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio

Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

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

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

III. Código procesal civil

Artículo 480.- Tramitación. Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los numerales 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este subcapítulo.

Estos procesos solo se impulsarán a pedido de parte. Cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos. El Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria conforme lo establece el artículo 326 del Código Procesal Civil, en la cual oír a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo.

El Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad, asimismo tomará en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto a dichas pretensiones.”

Artículo 680.- en cualquier estado del proceso el juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.

Ley n° 27495.- Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio.

CAPITULO III

JURISPRUDENCIA

CAS. N° 3464-2010 LIMA

Han establecido precedente judicial vinculante en los siguientes términos: “(...) En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos – 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 conformidad con lo dispuesto por el artículo trescientos cuarenta y cinco - 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, 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 a la persona o adjudicación de bienes, del proceso 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: a) El grado de afectación emocional o psicológica; b) La tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes”.

CASACIÓN N° 4664-2010-PUNO

En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia,

se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

CASACIÓN 5060 – 2011 - HUAURA - DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

(...)a fin de restablecer el equilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, deberá fijarse un monto indemnizatorio acorde con el perjuicio que la separación y el divorcio en sí ocasiona a la reconviniente, que incluyen el daño personal y el daño moral -no así el daño al proyecto de vida-, para lo cual se tendrá en cuenta que una de las hijas matrimoniales ya cuenta con estudios superiores, y otra aún se encontraría estudiando en la universidad, mientras el hijo matrimonial aún debe afrontar su rehabilitación por depender de sustancias psicoactivas. Asimismo, que la demandante percibe un ingreso como ayudante de costura, pero no se trata de un trabajo fijo ni estable; siendo así, este Supremo Tribunal fija con criterio de conciencia la suma nuevos soles -S/.....- el monto por concepto de indemnización que deberá percibir la reconviniente por los perjuicios ocasionados a consecuencia del daño personal infringido, y que incluye el daño moral.”

CAS. N° 1529-2011-AREQUIPA

En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulta más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por 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, 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 a la persona”

CAS. N° 3562-2013 LIMA NORTE.

la adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización, de adjudicarse un bien imputado a las gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos, de otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel se adjudicara.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

ARGENTINA

Artículo 202 del Código Civil argentino: Son causas de separación personal:

1. El adulterio;
2. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;
3. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;
4. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; 5to. El abandono voluntario y malicioso.

BRASIL

En Brasil, el divorcio y la separación judicial están regulados por la Ley nº 6515 de 1977 (Ley de divorcio) y por el nuevo Código civil brasileño de 2002, que sustituye al anterior Código de 1916. Ambas normas distinguen entre la terminación de la sociedad conyugal y la del matrimonio. La primera termina por muerte de uno de los cónyuges nulidad o anulación del matrimonio, separación judicial o divorcio. El matrimonio sólo concluye con la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. Para obtener el divorcio se puede optar por la conversión de una separación judicial en divorcio o por probar una separación de hecho durante más de dos años. En el primer caso, es necesario que haya transcurrido un año tras la sentencia definitiva de separación judicial para poder convertirse en divorcio. En lo que respecta a la separación judicial, ésta puede ser solicitada por ambos cónyuges de común acuerdo siempre y cuando el matrimonio haya

durado por lo menos un año. También puede solicitarla uno de los cónyuges cuando se le impute al otro la comisión de actos que impliquen una grave violación de los deberes del matrimonio y vuelvan insoportable la vida en común y cuando hayan estado separados de hecho durante más de un año y la reconciliación sea imposible. La enfermedad mental grave de uno de los cónyuges también faculta al otro para pedir el divorcio.

JAPON

Al igual que el Código Civil de Perú como de algunos otros países, el artículo 770 del Código Civil japonés establece como causales de separación:

- a) el adulterio, o sea, relaciones extramatrimoniales;
- b) el abandono malintencionado de hogar o de las responsabilidades domésticas o expulsión del/de la cónyuge la desaparición injustificada por más de 3 años (abandono de hogar)
- c) el trastorno psicológico de gravedad o incurable que impida la vida matrimonial y
- d) demás razones que imposibiliten la continuidad de la vida conyugal, como ser la violencia y la conducta deshonrosa, incompatibilidad sexual, etc.

COLOMBIA

Son causales de separación:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges.
2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.

3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.
6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.
7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.
8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.
9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

CHILE

La nueva ley, establece la separación judicial, que podrá ser invocada por un cónyuge en caso que el otro incumpla gravemente los deberes y obligaciones que impone el matrimonio y los deberes y obligaciones para con los hijos. También podrá ser solicitada al tribunal por cualquiera de los cónyuges o por ambos cuando haya cesado la vida en común. Estas personas -previa sentencia judicial- adquirirán el estado civil de separado, lo que no los habilita para volver a contraer matrimonio, esta condición será inscrita en el Registro Civil. Previo a este paso, el juez debe resolver los efectos patrimoniales y jurídicos de la pareja, con especial resguardo del interés superior de los hijos, si éstos existen. Con la separación judicial terminan los deberes de cohabitación y fidelidad, que se suspenden. Existe en la ley una regulación de la separación de cuerpos. En cuanto a la

distinción existente en su seno: se suprime el divorcio vincular por la separación, en el seno de la cual se distinguen entre separación de hecho y judicial.

FRANCIA

De conformidad con la nueva ley, el artículo 229 del Código civil francés enuncia los tipos de divorcio:

1. por consentimiento mutuo;
2. por aceptación del principio de la ruptura del matrimonio;
3. por alteración definitiva del vínculo conyugal;
4. por culpa.

MÉXICO

El Código civil federal mexicano de 1928 cuya última reforma data de diciembre de 20 – 04 - 59, regula los aspectos básicos del divorcio. En lo que respecta a las causas de divorcio, cabe destacar un amplio elenco de veinte motivos diferentes que justifican la petición del divorcio. Junto a las causas clásicas de adulterio, violencia doméstica, enfermedad incurable, ludopatía, embriaguez o drogadicción, **se incluyen los supuestos de separación**. También se recoge el divorcio de mutuo acuerdo, **que no podrá pedirse hasta que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio**.

Cabe tener en cuenta que el Código civil federal mexicano acoge claramente la noción de culpa en el divorcio. Así, si bien el divorcio de mutuo acuerdo no exige alegar una causa, no ocurre lo mismo cuando no existe acuerdo entre los cónyuges. En este segundo caso, el demandante en el proceso de divorcio deberá fundamentar su demanda en una de las causas tipificadas en el artículo 267 del CC. El plazo para que el cónyuge “inocente” solicite el divorcio es de seis meses desde que tuvo conocimiento de los hechos que fundamentan su demanda.

CONCLUSIONES

1. La causal por separación de hecho se enfoca en la doctrina del divorcio remedio.
2. La ley 27495, tiene como fin dar respuestas a un problema social que corresponde a nuestra realidad ante la existencia de matrimonio fracasado que en la práctica no cumplen con la finalidad del matrimonio.
3. El establecimiento de esta nueva causal, no afecta la estabilidad de la institución matrimonial o de la familia de por sí, porque los problemas se generan al interior de la relación, no porque la legislación pueda considerarse permisiva, o porque se facilite una “vía de escape” para los matrimonios frustrados.
4. La regulación de la causal de separación de hecho permite una solución legal dentro de nuestro sistema, a los casos de cónyuges alejados de manera definitiva, faltando al deber de cohabitación, precisamente porque habían encontrado otra pareja con la cual realizar su meta como integrante de una familia, lo cual ocasionaba un desorden social.

RECOMENDACIONES

- Los problemas de familia resultan tan sensibles, que consideramos que debe darse un concepto amplio al concepto de acumulación objetiva implícita, pues debe proceder aún en casos no previstos en la ley, por ejemplo, en aquellos conflictos donde exista la necesidad de pronunciarnos sobre una situación jurídica que es relevante para un menor.
- Tanto la actividad política, como la académica, así como la de la Magistratura, debe ser enfocada a generar lineamientos de real apoyo a la estabilidad de las Familias, a la comunidad de vida entre los cónyuges y rodearla de seguridad, evitando el quiebre de la vida afectiva familiar. Puntualmente debería desarrollarse las estrategias y actividades de la ley de 161 Fortalecimiento Familiar, para darle eficacia.
- Proponemos a modo de ejemplo, un caso de impugnación de reconocimiento de paternidad, en el cual el reconocimiento quedará sin efecto, por ende, el menor se quedará sin apellido paterno, situación donde existe la “necesidad” de pronunciarse sobre la verdadera filiación biológica del menor, dado que resulta una medida favorable al menor, de no ser así, no debería ampararse la demanda.

BIBLIOGRAFÍA

BORDA, G. A. (1984). *Tratado de Derecho Civil Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CABANELLAS, G. (1999). el divorcio en el peru. *apuntes jurídicos peruanos*. lima, Perú.

Código civil. (2016). lima: JURISTAS EDITORES E.I.R.L.

Constitución Política del Perú. (2016). Lima: Gaceta Jurídica.

Jurisprudencia, Cas. N° 0199, (Corte Suprema 31 de Agosto de 1999).

MANUEL MURO ROJO Y ALFONSO REBAZA GONZALES.
(1997). el divorcio. Perú: apuntes jurídicos.

OLAZÁBAL, E. M. (2006). Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o solución? Lima, Perú.

PERALTA ANDIA, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Editorial Idemsa.

PLACIDO VILCACHAGUA, A. F. (2010). investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, adolescentes y de sucesiones. lima, Perú.

REYNOSO, M. M. (2007). el matrimonio. lima, Perú.

Rojo, M. M. (2014). comentario al artículo 248 Código Civil. En G. Jurídica, *código civil comentado tomo II* (pág. 71). lima: Gaceta Jurídica.

Vilcachagua, A. P. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

Antecedentes:

Las partes procesales contrajeron matrimonio civil en la municipalidad de BARRANCA el 02 - Enero – 1981, y producto del cual procrearon tres hijos; MARIBEL, LILIANA Y ALEX FLORES OTAROLA

EXPEDIENTE

El análisis se realizará en base al expediente civil N° 1904-2010 el cual se interpuso ante el juzgado de familia del distrito judicial de Barranca, perteneciente a la provincia judicial de Huaura.

I. SUMILLA

En el presente expediente materia de análisis versa sobre la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho. Y como acumulación originaria la separación de bienes gananciales.

II. PARTES PROCESALES

Demandante: FLORES HUERTA ALEJANDRO

Demandado: OTAROLA NIÑO CARMEN ROSA

III. DERECHO DE ACCIÓN

a) Petitorio:

Teniendo legítimo interés al amparo de lo establecido por el art° 333 inc. 12, interpongo demanda de divorcio por la causal de separación de hecho contra OTAROLA NIÑO CARMEN ROSA, donde se le notificara en JR ALFONZO UGARTE # 332 – PUERTO SUPE, y así mismo como acumulación originaria la SEPARACIÓN DE BIENES GANANCIALES.

b) Fundamentos de hecho:

1. Que, Las partes procesales contrajeron matrimonio civil en la municipalidad de BARRANCA el 02 - Enero – 1981, y producto del cual procrearon dos hijos
2. La relación entre ambos se desarrollaba de manera normal en los primeros años pero de manera inesperada cambio su forma de ser y su carácter, ante tal hecho acordamos de manera consensual que me retiraría de nuestro hogar conyugal.
3. Que acorde a nuestro código civil en su artículo 333 señala las causales de divorcio entre ellas la separación de hecho, ya que ambos acordamos nuestra separación.
4. Que fui yo quien realizo la edificación en el bien de los padres de la demandante para mayor comodidad durante nuestra convivencia conyugal, así mismo siempre he cumplido con los alimentos y demás necesidades de mis hijos.
5. Que la demandante goza de buena salud a diferencia de mi persona que padezco una grave enfermedad lo cual se corroborara con el certificado médico que se anexa a la presente

a. Fundamentos de derecho:

Código Civil

Artículos: 324, 348, 349,345-A y 333inc.12

Código Procesal Civil

Artículos: 424, 425, 480, 481, 483 y demás pertinentes al presente cuerpo normativo.

b. Medios Probatorios

1. El mérito de la partida de matrimonio de los cónyuges FLORES HUERTA ALEJANDRO y OTAROLA NIÑO CARMEN ROSA celebrado el 02-ener o-1987 en la municipalidad distrital de BARRANCA.
2. El mérito de las partida de nacimiento de nuestros hijos
3. El certificado médico que constata mi grave estado de salud
4. Pliego interrogatorio que la demandada deberá absolver.

IV. Derecho de contradicción**IV.1) contestación de la demanda**

- a) Que, es cierto que contraí matrimonio con el demandante en la fecha y lugar que señalo en su demanda.
- b) La relación entre ambos se desarrollaba de manera normal en los primeros años pero que de un momento a otro la relación se deterioró por parte del demandante, y de manera impredecible el demandante tomo sus cosas y se fue del hogar conyugal, ante ello fui a la comisaria a interponer la denuncia por abandono de hogar y al buscarlo ante la insistencia de mis hijos por saber de mi padre fui a buscarlo y me di con la sorpresa de que convivía con su amante.
- c) Que lo señalado por el demandante en su tercer fundamento es contradictorio ya que nuestro código civil en su artículo 335 señala

“NINGUNO DE LOS CÓNYUGES PUEDE FUNDAR LA DEMANDA DE HECHO PROPIO”.

d) Es falso lo señalado por el demandado al expresar que el realizo la edificación en el inmueble de mis señores padres, para por realizar nuestra convivencia conyugal.

e) que respecto a su quinto fundamento el demandante señala que se encuentra de gravedad, ello no se podría tomar como cierto ya que el certificado médico que presenta es de hace cuatro años y no goza de credibilidad ya que dicho certificado no lo emite ningún centro de salud valido, y de manera inhumana y como burla señala que gozo de un buen estado de salud ya que como consta en mi certificado médico refrendado por el médico del Hospital de apoyo de Barranca en la cual señalan que sufro de CEFALIA MIXTA Y SINDROME, lo cual sumado a mi situación precaria ponen en mayor riesgo mi vida.

IV.2) medios probatorios en general

1. el acta de matrimonio entre el demandante y la recurrente
2. las partida de nacimiento de nuestros hijas
3. el acta del abandono del hogar conyugal por parte del demandante
4. certificado médico emitido por el Hospital de Barranca.
5. pliego interrogatorio que se le deberá realizar a don MOLINA CASTRO CARLOS.

V. Audiencia de conciliación

Se realizó el 13- Enero -2012 ante el Juzgado de Familia

V.1) conciliación

El señor juez se abstiene de proponer formula conciliatoria

V.2) Fijación puntos controvertidos:**Determinar:**

- a) Si la demanda presentada por el señor FLORES HUERTA ALEJANDRO reúne todos los requisitos y presupuestos establecidos para su procedibilidad y amparo y si se ha producido la causal de separación de hecho
- b) Si la separación de hecho entre los cónyuges FLORES HUERTA ALEJANDRO y OTAROLA NIÑO CARMEN ROSA cumple el tiempo establecido por ley.
- c) Lo correspondiente a los regímenes de alimentos entre los cónyuges y la consiguiente liquidación y fenecimiento de la sociedad de gananciales.
- d) Si a consecuencia de la causal de separación de hecho alguna de las partes a sido afectada psicológica y económicamente y de ser el caso la correspondiente indemnización.

V.3) Fijación puntos controvertidos de la reconvención:**Determinar:**

- a) Si la reconvención formulada por la demandada cumple con los requisitos y presupuestos para su procedibilidad.
- b) Si a la cónyuge demandada se lea causado daño moral que sea materia de indemnización por 80,000 soles.

- c) Si al demandante se le ha causado daño moral que sea materia de indemnización por parte de la demandada

V.4) Admisión y actuación de los medios probatorios

A) De la parte demandante:

- Documentos
- Declaraciones testimoniales
- Declaración de parte

B) De la parte demandada:

- Documentos
- Declaración de parte
- Declaraciones testimoniales

ASIMISMO SEÑÁLESE FECHA PARA LA AUDIENCIA DE PRUEBAS, LA CUAL SE LLEVARA ACABO EL DIA 28- ENERO -2013 al mediodía.

VI. Audiencia de pruebas

La misma que se realizó el día 25-junio-2013 a horas doce del mediodía.

a) De la parte demandante:

- Documentos:
- Declaraciones testimoniales
- Declaración de parte

b) De la parte demandada:

- Documentos
- Declaración de parte
- Declaraciones testimoniales

VII. Sentencia primera instancia

Mediante resolución N° 20 de fecha 14-Julio-2015 la cual resuelve

1. Declarar **FUNDADA** la demanda presentada por la parte de la demandante
2. En consecuencia se declara **DISUELTO EL VÍNCULO MATRIMONIAL**.
3. **FÍJESE EN 20.000 NUEVOS SOLES** la indemnización en favor de la demandada
4. **DECLÁRESE** fenecido el régimen de sociedad de gananciales.
5. Declarar **IMPROCEDENTE LA RECONVENCIÓN** planteada por la parte demandada.
6. **ELÉVESE EN CONSULTA** al superior en grado en caso la presente sentencia no sea apelada.
7. **OFÍCIESE** a los **REGISTROS CIVILES DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL SE SUPE PUERTO**, cúmplase y archívese.

VIII. APELACIÓN

La parte demandada acciona su derecho de apelación en base al principio de la doble instancia, solicitando proceda **REVOCAR** la apelada y declare infundada la demanda.

Este recurso se eleva al mayor en grado jerárquico siendo el despacho **SALA MIXTA**

XII.1- fundamentación del agravio:

Reside en que la resolución apelada SE HA EXPEDIDO con grave transgresión de las normas que garantizan el debido proceso (**NO SE HA MOTIVADO DEBIDAMENTE**).

XII.2- errores de hecho y derecho de la apelada:

Primero: el demandante i9nvoca como causal de su petitorio la separación de hecho de los conyugues durante un tiempo ininterrumpido de dos años pero que omite lo dispuesto por el artículo 345-A que acota estar al día en los pagos de la pensión de alimentos, por ende no cumple con esta última disposición ya que siempre busco por todo medio incumplir con sus obligaciones

Segundo: Con referencia al noveno considerando. El juez no llega a motivar o establecer de manera clara e indubitable si corresponde o no declarar por fenecido el régimen de la sociedad de gananciales

IX. Pronunciamiento de la Sala Mixta

1. CONFIRMAR, la sentencia de fecha 06- septiembre 2013.