

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA DE DERECHO



El divorcio como sanción o remedio

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL
TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

Autor:

BORJA RUEDA LUIS ALFREDO

Asesor:

Mg. YENGLER RUIZ MIGUEL HERNAN

HUACHO – PERU

2019

Palabra Clave: Divorcio

Tema	Divorcio como sanción o remedio
Especialidad	Derecho de Familia

Keywords:

Theme	Divorce as sanction or remedy
Specialty	Family right

LINEA DE INVESTIGACION: **DERECHO**

Dedico esta labor a mi esposa y a la
memoria de mis padres.

Agradecimiento especial a mi esposa,
por el apoyo incondicional y la confianza
brindada. siempre teniendo en cuenta la
memoria de mis padres Carmen y Jorge.

INDICE

	Págs.
Caratula.....	1
Palabra clave.....	3
Dedicatoria.....	4
Agradecimiento.....	5
Índice General.....	6
EL DIVORCIO COMO SANCION O REMEDIO	
Resumen.....	7
Descripción del problema.....	8
Marco Teórico:.....	9
1. Antecedentes históricos.....	9
2. Etimología.....	12
3. Doctrina jurídica.....	13
A. Tesis antidivorcista	13
B. Tesis divorcistas.....	14
B.1. La doctrina del divorcio repudio.....	14
B.2. Por su parte, la doctrina del divorcio-sanción.....	15
B.3. Por último, la doctrina del divorcio remedio.....	16
C. Posición del Código.....	16
4. Causas del divorcio.....	17
5. Efectos jurídicos.....	32
A. Con relación a los cónyuges.....	32
B. Con relación a los hijos.....	34
6. Cuestiones procesales.....	35
7. Legislación nacional.....	38
8. Jurisprudencias y Plenos jurisdiccionales.....	43
9. Derecho comparado.....	48
Análisis del problema.....	53
Conclusiones.....	55

Recomendación.....	56
Referencias bibliográficas.....	57

RESUMEN

De todo lo que hemos expuesto sacamos una conclusión terminante: El divorcio ha dejado de ser una sanción para el causante del mismo y constituye, en el fondo, una SOLUCIÓN. Al declararlo el juez no hace sino constatar un hecho incuestionable: se ha producido la ruptura de esos vínculos y afinidades que motivaron la unión. Como lo hemos sostenido en anterior oportunidad, el divorcio es una solución que debe darse cuando ha quedado rota la comunidad inherente a la vida marital. El divorcio no se produce para deshacer lazos que ya existen. Se trata de un instrumento legal que se utiliza cuando se está en estado de disolución. Y a ello agregamos, en palabras del insigne Díez-Picazo citado por peralta Andia (2008), que "el divorcio es el paso necesario para la celebración de un nuevo matrimonio y con ello se facilita la reestructuración de la familia. Aunque ello se produzca en forma laica y no religiosa, determina un efecto conservador. Lo destructor y disolvente no es el divorcio, sino un sistema no divorcista, cuando las costumbres no pueden impedir la formación de uniones irregulares que la falta de divorcio impide regularizar" (Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil, volumen IV, 1983, págs. 146 y 147).

Finalizamos manifestando que cuando la Justicia interviene para deshacer los lazos de un matrimonio aniquilado por uno o ambos cónyuges no produce un rompimiento ya consumado y se limita a constatarlo. No es la mano de la Ley y de la Justicia la que destruye el matrimonio. Este ya está destruido y lo que se hace es reemplazar el engaño por la verdad y sancionar la realidad haciendo desaparecer lo que ya no es sino una pura ficción.

Todo lo dicho se refiere al matrimonio y al divorcio civil pues el Código de 1984, consciente de nuestra tradición y fe religiosa establece en su

artículo 360 que "las disposiciones de la ley sobre divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone"

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

El matrimonio es una institución de notable importancia para la sociedad, ya que garantiza en cierta forma la estabilidad y permanencia de la familia, particularmente de la pareja. El divorcio, en cambio, es la contrafigura del casamiento que persigue destruir el lazo conyugal.

Así, el divorcio plantea uno de los problemas más graves de la sociedad actual, porque su proliferación en el mundo entero parece convertirlo en un fenómeno normal, pues hoy, hombres y mujeres se divorcian con la misma naturalidad con que se casan. Los jóvenes en países divorcistas contraen nupcias tan desaprensivamente ya que están convencidos que ante el fracaso, podrán remediarlo, divorciándose.

No olvidemos que la persona, familia y sociedad, es la triada de un Estado. Protegiendo a la persona como sujeto de derecho, a la familia como célula básica y a la sociedad como agrupación natural, basada en la cooperación, el Derecho logra la paz social, la justicia y la equidad.

Además, el establecimiento de una familia, a través del matrimonio y el decaimiento o extinción de la misma, por medio del divorcio, siempre será un tema controvertido y de interés. Lo delicado y hasta aventurado es buscar mecanismos de interrelación entre ambas figuras jurídicas. Un estudio teórico sólo puede llegar a aportar aproximaciones de solución, nunca concluirán con el tema.

Con este trabajo se busca una visión más que moderna, real y objetiva, de los que son las causales del divorcio sanción o remedio; para tal fin se desarrolló su evolución histórica, el marco teórico, la legislación, la Jurisprudencia, el derecho comparado, dando las conclusiones y

recomendaciones y finalmente se adjuntó un proyecto de sentencia que complementa a la doctrina desarrollada en marco teórico propiamente dicho.

MARCO TEORICO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Según Peralta Andia Javier Rolando (2008) 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 los casos en que la mujer se embriagase, castigara a los animales domésticos, no tuviera hijos o tuviera solamente mujeres. Así aparece en las antiguas legislaciones de China, Persia e inclusive Roma, donde Cicerón cuenta el caso del patricio Carvilio Ruga, que repudió a su esposa por el sólo hecho de no haberle dado hijos.

En el Derecho romano se admitió 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 -entre otras particularidades se hacía un pastel de harina con hiel, el que se cortaba y arrojaba al río Tíber, y que con posteridad fuera imitado por plebeyos.

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

En el Derecho medieval y concretamente en el Derecho canónico - sobre la base del evangelio de San Marcos: "no desate el hombre lo que

Dios ha unido”- se precisó y determinó el carácter sacramental e indisoluble del vínculo matrimonial, lo que ha sido recogido en los concilios de Letrán (1215) y de Trento (1562), donde por excepción se admitió la separación de cuerpos, pero sólo para los casos de matrimonios infortunados.

No obstante lo mencionado y sin hacer caso a las enseñanzas de Cristo que condenara el divorcio, ha sido practicado durante mucho tiempo por la fuerza de las costumbres ya que muchos fieles se acogieron a la legislación civil que permitía su disolución. Así, la lucha de la Iglesia contra el divorcio duró algo más de quinientos años y pese a las explicables resistencias que pusieron en aquel tiempo, terminó con la imposición del punto de vista favorable a las ideas divorcistas. También, la reforma luterana aceptó el divorcio, porque en opinión de su mentor, el casamiento era un asunto de naturaleza profana.

En el Derecho moderno, después de la Revolución Francesa, el divorcio absoluto se incorpora en la mayoría de las legislaciones del mundo y tuvo básicamente tres causales: las señaladas en cada ordenamiento jurídico, las concedidas por mutuo disenso y las peticionadas por voluntad de cualquiera de los cónyuges.

Por último, en el Derecho contemporáneo se polarizan las corrientes y doctrinas anti divorcistas y divorcistas, cada una con principios y peculiaridades debidamente determinadas; pero el divorcio está hoy generalizado en casi todos los países del mundo, con escasas y significativas excepciones como en Irlanda, Portugal, España, Argentina, Chile, Brasil, para matrimonios canónicos, pero no así para los civiles.

El divorcio en el Perú. Sistema adoptado por el Código Civil vigente

La figura del divorcio en el Perú ha tenido una peculiaridad muy especial. Su reconocimiento legal se debió más a la actuación de políticos que a la obra de juristas llamados a revisar y reformar el Código Civil de 1852.

Si bien el nacimiento de la figura del divorcio se remonta a la Ley N° 7894. su plasmación jurídica definitiva la encontramos en el Código Civil de 1936, por imposición de la Ley N° 8305, la cual ordena en su artículo 1° que el Código Civil al ser promulgado "debía mantener inalterables las normas sobre Matrimonio Laico y Divorcio -incluyendo el vincular- ya vigente por mandato de las Leyes N°s. 7893 y 7894".

De lo expuesto queda claro que el Divorcio fue visto por nuestro legislador de 1936 casi como un pecado, el cual atentaba contra la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la moral de la Iglesia Católica. En efecto, siguió estrictamente los principios del "divorcio sanción" en un instante en que se abría camino en las legislaciones positivas el concepto de "divorcio-remedio".

El legislador de 1936, al entender al divorcio prácticamente como un atentado contra la moralidad, lo legisló como una sanción (se actúa a modo de penalización del cónyuge que ha cometido una infracción de la norma que establece las causas culpables de divorcio). Así sólo cabía el divorcio cuando el marido o la mujer incurrieran en alguna de las causales expresamente señaladas por la ley. El matrimonio debía ser para siempre, pero ante el preciso pecado o acto inmoral de uno de los cónyuges, era procedente declarar el divorcio y sancionar al culpable civil y/o penalmente (esta visión del divorcio como sanción la encontramos claramente determinada no sólo en las causales del mismo, sino también a lo largo del articulado, donde las palabras "cónyuge inocente y cónyuge culpable" regulaban la institución).

El nuevo código de 1984, ha mantenido con escasos cambios la misma línea anterior en materia de divorcio. Es así como ha incluido una causal más "la homosexualidad sobreviniente al matrimonio", manteniendo todas las del código de 1936, ha alterado el orden formal en la regulación de la secuencia Separación-Divorcio y ha completado y detallado algunas normas. Se puede afirmar -inclusive- que sigue fielmente la doctrina del "Divorcio-sanción" y hasta podría decirse que la refuerza. Todas las

causales, sin una sola excepción (salvo la de mutuo disenso), están constituidas por hechos imputables a uno de los cónyuges, el concepto de cónyuge, culpable o de cónyuge inocente está siempre presente y la respectiva calificación es causa de notorias diferencias en el tratamiento moral y pecuniario de uno y otro. (Vásquez Ríos, Alberto, 1997)

Ergo: En el Perú el Código Civil de 1852 admitió el divorcio pero tan sólo como un caso de separación de cuerpos. Los códigos de 1936 y 1984 adoptan criterios divorcistas aunque con serias deficiencias y defectos. En este último cuerpo, el divorcio se encuentra regulado en el Libro III, Sección Segunda, Título IV, Capítulo Segundo y, específicamente, en los artículos 348 al 360.

2. ETIMOLOGIA, CONCEPTO Y DEFINICION

La palabra divorcio, etimológicamente deriva del término latino *divortium*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado. Otros, aseveran a su vez que procede de *divorto* o *divertis* que equivale a separarse, disgregarse.

En sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida en que el matrimonio consiste, por ruptura del vínculo conyugal, o por separación de los consortes. La noción comprende tanto al denominado divorcio absoluto y al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica.

Por su parte, Brenes Córdova Alberto (1974) afirma que “el divorcio es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges”.

El concepto si bien proporciona una idea clara de lo que es en esencia del divorcio, pero no es tan cierto en cuanto concierne a las causas previstas taxativamente, dado que nuestro Código, además de las señaladas

en el artículo 333, permite un número variable de causas, que se dan dentro de la sevicia, injuria grave y conducta deshonrosa como se explicará oportunamente.

Por su parte, Brenes Córdova (1983) dice “se llama divorcio a la disolución del matrimonio, por sentencia judicial, en virtud de ciertas causales ocurridas con posterioridad a la celebración del mismo”. La noción es básicamente correcta en cuanto a su contenido.

Ahora bien, tomando en cuenta el artículo 348 del actual Código decimos que el divorcio es una institución del Derecho de Familia que consiste en la disolución del vínculo matrimonial por decisión judicial y por causas establecidas en la ley.

3. DOCTRINA JURIDICA

A. Tesis antidivorcista.- Esta doctrina considera el matrimonio como un sociedad de por vida, por tanto, sustenta la tesis de su indisolubilidad, cerrando paso al divorcio y obligando a los cónyuges a mantenerse unidos, aun cuando en la práctica se haya destruido. Recusa el divorcio y está sustentada en la doctrina sacramental, la sociológica y la paterno filial.

La doctrina de la Iglesia Católica considera al matrimonio como un sacramento. Se funda en el principio cristiano 'lo que Dios unió, no lo separe el hombre', por tanto destaca su carácter indisoluble, lo que supone que el casamiento sólo concluye con la muerte, sin embargo, como se tiene dicho, esta doctrina acepta sólo la separación de cuerpos por causas sumamente graves, pero no autoriza el divorcio con carácter definitivo.

Por otro lado, la doctrina sociológica, parte de la idea de que la familia es un presupuesto indispensable para la existencia de la sociedad, estimando al matrimonio como una institución que garantiza no sólo la

existencia y permanencia del grupo familiar, sino también de la misma sociedad.

Además, pregona que el divorcio es una especie de cáncer que destruye no sólo el vínculo conyugal, sino también con él a la familia como célula vital de la sociedad. Por consiguiente, ésta tiene derecho a defenderse desconociendo su existencia, puesto que lo contrario significaría el reconocimiento jurídico de su propia destrucción.

Por último, la doctrina paterno - filial, sostiene que el divorcio es una institución perjudicial no sólo para el cónyuge inocente, sino también para los hijos.

En ese sentido, para Oscar Larsoo citado por Peralta Andia (2008) indica si bien el divorcio atiende al interés de los padres, pero coloca al cónyuge inocente en la misma situación que al culpable en cuanto ambos quedarán libres para contraer nuevo matrimonio. En cambio, Arturo Bass citado por Peralta Andia (2008) refiere que el divorcio incrementa los casos de locura, suicidio y criminalidad infantil, por ende, le dicen; no al divorcio.

La tesis antidivorcista ha sido objetada con el fundamento de que el divorcio no es un atentado contra la buena organización y estabilidad de la familia y de la sociedad como algunos expresan con ligereza o bajo la influencia de algún prejuicio, pues, todas las escuelas filosóficas y jurídicas buscan el fortalecimiento de la familia y el matrimonio como base de la sociedad; sin embargo es necesario saber de qué familia o matrimonio se trata de fortalecer, se supone que es de la familia normal y feliz, pero de ningún modo del matrimonio ya fracasado y destruido, que antidivorcista intentan perpetuar a cualquier precio.

B. Tesis divorcistas.- Muchos autores consideran al divorcio como un “mal necesario”, que se sustenta en las doctrinas siguientes; i) la del divorcio-repudio, ii) la del divorcio-sanción y iii) la del divorcio-remedio.

B.1. La doctrina del divorcio repudio.- acepta el divorcio como un derecho de los cónyuges. Especialmente del varón para rechazar y repeler al otro cónyuge de la casa conyugal, la mayor parte de las veces, sin explicar razones

El Deuteronomio ("Segunda Ley" por oposición a la "Primera Ley" recibida por Moisés en el Monte Sinaí) autorizaba al marido para repudiar a su mujer cuando ya no le agradaba debido a una causa torpe, entregándole un 'carta de repudio' y despidiéndola de la casa. El Corán también estatuyó el repudio en favor del varón, al que le bastaba repetir tres veces en forma pública ¡yo te repudio! para que se disolviera el vínculo matrimonial.

La doctrina ha sido adoptada en los países musulmanes o islámicos, donde el matrimonio se disuelve por repudio y también por sentencia judicial o apostasía del Islám.

B.2. Por su parte, la doctrina del divorcio-sanción.- se formula como el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio.

Esta doctrina sustenta su estructura en:

- a) El principio de culpabilidad, según el cual el divorcio se genera por culpa de uno de ellos, de tal modo que uno será culpable y el otro inocente, por tanto, sujeto a prueba,
- b) La existencia de varias causas para el divorcio, esto es, en causas específicas e innominadas previstas en la ley, como el adulterio, la sevicia etc.
- c) El carácter punitivo del divorcio, porque la sentencia que declara disuelto el vínculo conyugal es un medio para penalizar al culpable por haber faltado a los deberes y obligaciones conyugales, consiguientemente, supone la pérdida del ejercicio de la patria potestad, la pérdida o restricción del derecho alimentario, la pérdida de la vocación hereditaria, etc.

Pero, también esta concepción ha sido cuestionada, mucha razón tiene Velasco Letelier citado por Peralta Andia (2008) cuando afirma que

desde el punto de vista científico y psicológico resulta imposible determinar que tal o cual comportamiento de uno de los cónyuges merezca un premio o una sanción, porque los mismos están marcados por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, sexuales, emocionales; y porque a menudo el alejamiento recíproco entre el marido y la mujer, es el resultado de un largo proceso de desavenencias, de incompatibilidades, de diferencias de apreciación, de desajustes sexuales y emocionales. Por otro lado la sentencia que pronuncia el divorcio podría ser hasta un premio para el culpable y una sanción para el inocente.

B.3. Por último, la doctrina del divorcio remedio.- surge a comienzos de este siglo, cuando el jurista alemán Kahl citado por Peralta Andia (2008) propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, el de establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo con la esencia del matrimonio.

Se estructura en:

- a) El principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente determinable, esto es, que no requiere de la tipificación de conductas culpables,
- b) La existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial (se desecha así la determinación taxativa de causales),
- c) La consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible: el conflicto matrimonial.

Esta doctrina plantea una nueva concepción sobre el matrimonio, cuya permanencia no está sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales. Estima al matrimonio como una unión de un varón y una mujer con intención de hacer vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligar a mantenerse unidos, cuando dicha unión matrimonial ha fracasado. En

esta forma, una pareja puede divorciarse, sólo cuando el juzgado haya comprobado que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, para los hijos y, con eso, también, para la sociedad.

C. Posición del Código.- Ahora bien, dentro de la legislación nacional se advierte que el Código civil de 1852 se adhiere a la tesis antidivorcista en razón de que reconoció el matrimonio canónico de carácter indisoluble y que sólo permitió la separación de cuerpos en casos graves. El Código de 1936 y 1984 adoptan la tesis divorcistas y dentro de ella la doctrina del **divorcio-sanción** (*por culpable*). Se dice que el Código vigente sigue fielmente esta doctrina y hasta podría afirmarse que la refuerza.

Pensamos, que los legisladores del 84, desperdiciaron una gran oportunidad para consagraren el Código la doctrina del **divorcio remedio** (por fracaso), que por sus propios planteamientos, se ajustan más a nuestra realidad. En adelante deberá darse curso, en forma definitiva a esta doctrina porque parafraseando a Velasco Letelier, citado por Peralta Andia (2008) se ha demostrado desde el punto de vista científico psicológico que los factores que juegan y determinan las actitudes de uno y otro cónyuge, capaces de poner en peligro la convivencia, están marcados por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, sexuales y emocionales en los cuales es difícil hablar de culpa de éste o de aquél. Pues, a menudo el alejamiento recíproco del marido y la mujer es resultado de un largo proceso de desavenencias, de incompatibilidades, de diferencias de apreciación, de desajuste sexual y emocional.

4. CAUSAS DEL DIVORCIO

1. Adulterio.- Etimológicamente, algunos autores la derivan de las palabras latinas alterius y torus que en buen romance significa lecho de otro; en cambio otros, afirman que procede de adulterium derivado del verbo adulterare que significa seducir a una mujer casada, viciar o falsificar algo.

El adulterio consiste -dice Gerardo Trejos- en las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con tercero. Entonces viene a ser una causa perentoria que genera la disolución del vínculo matrimonial, que consiste en la violación del deber de fidelidad manifestado en el trato sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte.

Su fundamento se encuentra en la violación del deber de fidelidad que origina la desarmonía conyugal haciendo insoportable la vida en común. El deber de fidelidad es recíproco para los esposos, por eso desde el punto de vista moral, el adulterio del varón es tan censurable como el perpetrado por la mujer, pero desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas puede asumir mayor gravedad el adulterio de la mujer, por la sencilla razón de que pone en duda el principio *pater is est* y, con él, la introducción de un extraño en la familia.

Los elementos constitutivos del adulterio son:

- a)** El objetivo, constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, de ahí que la simple tentativa de adulterio no constituye causal que origine la disolución del lazo nupcial,
- b)** El subjetivo, de contenido psicológico, que consiste en el propósito deliberado de un cónyuge para mantener relación sexual con tercero fuera de matrimonio.

Los requisitos para instaurar el divorcio por esta causa son:

- a)** Que sea formal, es decir, que exista un vínculo matrimonial de naturaleza civil,
- b)** Que sea real y consumado, pues tiene que haber necesariamente cópula sexual,
- c)** Que sea consciente y voluntario, vale decir, que medie el elemento intencional,
- d)** Que sea cierto, esto es, susceptible de comprobación,

- e) Que constituya grave ofensa, por ende, es indispensable que el ofendido no lo haya provocado, consentido, ni perdonado, de ahí que la cohabitación posterior al adulterio impida iniciar o proseguir la acción,
- f) Que no se funde en hecho propio.

Con relación a la prueba del adulterio existen dos criterios:

- a) El de la prueba indirecta, en razón de que el ayuntamiento camal suele realizarse a escondidas, sin que exista persona que pueda atestiguar tal hecho, de donde resulta que su comisión debe establecerse a través de indicios o presunciones,
- b) El de la prueba directa, ya que su probanza será posible a través de los medios probatorios establecidos en la ley procesal. Sin embargo son pruebas idóneas las partidas de nacimiento de hijos adulterinos la sentencia condenatoria, las cartas, etc.

La acción de divorcio por adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido, en todo caso, a los cinco años de producida ésta.

2. Sevicia o violencia física o psicológica.- Proviene de la palabra latina saevitas, saevitia o saevitudo que significa crueldad, inhumanidad, insensibilidad. Según Carlos Rébora, citado por Ramírez Gronda (1976), la sevicia es “el acto de crueldad por el cual uno de los cónyuges dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultraja de hecho al otro y salva así los límites del recíproco respeto que supone la vida en común”.

Luego, la sevicia es una causal facultativa que puede originar el divorcio y que consiste en actos vejatorios realizados con gran crueldad por uno de los cónyuges contra el otro, con el propósito de hacerle sufrir innecesariamente y, que por su continuidad, hacen imposible la comunidad de vida.

Se funda en el incumplimiento de uno de los deberes conyugales como es el deber de asistencia, que tiene sustento ético-moral y en la falta de respeto a la integridad física del otro cónyuge cuyo sufrimiento

continuo o reiterado no sólo hace mortificante la vida en común sino que altera gravemente las relaciones familiares.

El elemento objetivo de la sevicia está constituido por actos de excesiva crueldad que uno de los cónyuges infiere al otro, que se manifiesta en las lesiones que se causa al cónyuge, en las brutales relaciones sexuales, en el trato irritado y descortés, la vigilancia inmotivada que un cónyuge ejerce sobre el otro y demás actos que implican sadismo refinado (Peralta Andia, 1988, p. 93). Pero además, ésta se traduce no sólo en acciones positivas sino también en meras omisiones como el abandono del consorte en estado de necesidad o de peligro.

Luego, no podrá calificarse de sevicia la simple amenaza de maltratos, el insulto o la disputa que no se traduzcan en un ultraje material y/o moral.

En cambio, el elemento subjetivo se expresa en el propósito o la intención de hacer sufrir al otro cónyuge innecesariamente, por eso, no puede calificarse de sevicia la lesión o herida producida involuntariamente, tampoco la violencia que provenga de un consorte enajenado aunque sea reiterada.

Las condiciones para promover el divorcio por esta causa son las siguientes:

- a)** Que existan maltratos físicos y morales ejecutados con excesiva crueldad,
- b)** Que sean reiterados y revistan gravedad, porque el hecho aislado o único no justifica la disolución del vínculo,
- c)** Que exista ánimo o propósito de hacer sufrir al otro cónyuge innecesariamente,
- d)** Que no se fundamente en hecho propio.

En relación con la prueba la sevicia puede acreditarse por cualquiera de los medios probatorios consignados en el artículo 347 del Código

adjetivo; sin embargo, las pruebas decisivas son: las certificaciones de las denuncias policiales sobre maltratos físicos que no hayan sido impugnadas, los certificados médicos o de salud, etc. El nuevo Código Procesal Civil, modificatoria del acotado, expresa la existencia de medios probatorios típicos y atípicos previstos en los artículos 192 y 193.

La sevicia es una causa facultativa porque permite amplia libertad al juez para apreciar los daños físicos y psicológicos ocasionados, por lo que deberá tomar en cuenta la educación, las costumbres y la conducta de los cónyuges, puesto que una violencia determinada puede ser más grave para una persona de mente cultivada, y no tenerla para otro de mediana educación. Entonces los vejámenes se justifican según las costumbres o en determinadas circunstancias.

Es más, la acción de divorcio por causal de sevicia caduca a los seis meses de producida la causa, en todo caso, a los cinco años. En la primera situación la acción se extingue por no haber accionado dentro de los seis meses de ejecutada la sevicia y, en la segunda, cuando instaurada la acción no se pronuncia sentencia definitiva en el lapso de cinco años.

El Decreto Legislativo No. 768 introduce una modificación cambiando la designación de “sevicia” por la de “violencia, física o psicológica”, que el juez apreciará según las circunstancias. La violencia es una causa facultativa que ocasiona el divorcio y que consiste en la compulsión física o coacción moral que un cónyuge ejerce contra el otro con el propósito de hacerle sufrir innecesariamente y, que por su continuidad, hacen insoportable la vida en común.

Nosotros, no estamos de acuerdo con la nueva denominación introducida por el Decreto Legislativo en mención, ya que la sevicia en su concepción más actualizada implica no sólo compulsión material, sino también coacción moral, ampliamente difundida por la doctrina y la legislación comparadas y profundamente grabada en la conciencia de los hombres.

3. Atentado contra la vida del cónyuge.- Proviene del verbo atentar que es sinónimo de atacar, agredir e intentar. Expresa, Holgado Valer Enrique (1982), que la sevicia “es el acto intencional que realiza un cónyuge contra el otro con el propósito de privarle la vida o de causarle un grave daño físico”.

Luego, el atentado contra la vida del cónyuge es otra causa perentoria que ocasiona el divorcio y que consiste en la tentativa de homicidio cometido por un cónyuge contra el otro. Pues bien, en la tentativa el agente comienza la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo. Comprende tanto el desistimiento voluntario como el arrepentimiento activo, aunque no la tentativa inidónea.

El fundamento de esta causa se halla en el quebrantamiento del deber de asistencia recíproca y en la falta de seguridad personal del cónyuge contra quien se atentó, esto es, en el peligro que representa tal hecho. En ese sentido, La ley permite a este consorte un medio para ponerse a cubierto contra nuevos atentados, precisamente de quien está obligado a cuidar su vida y con quien ya no es posible seguir cohabitando.

Sobre el elemento objetivo debe decirse que está formado por actos materiales que ponen en peligro la vida de uno de los cónyuges como son las lesiones graves y la tentativa de homicidio, donde las lesiones simples o leves no constituyen atentado, por tanto no dan mérito al divorcio. En cambio el elemento subjetivo está constituido por la intención o el propósito de privar la vida del otro cónyuge, de modo tal, que las simples amenazas por atrevidas y violentas que sean, tampoco constituyen atentado.

Es más, no quita al atentado su calidad de tal, cuando se produce en estado de ebriedad o bajo los efectos de una gran excitación.

La tentativa de homicidio está severamente reprimida por las leyes penales, pero como causa de divorcio se exige los requisitos que a continuación se indican:

- a) Que un cónyuge atente contra la vida del otro,
- b) Que se ponga en peligro la vida de ese cónyuge,
- c) Que constituya una grave ofensa para el agraviado,
- d) Que no se fundamente en hecho propio.

Si bien es cierto que pueden utilizarse todo los medios probatorios que la ley procesal franquea, sin embargo la prueba idónea es la copia certificada de la sentencia condenatoria recaída en el correspondiente proceso penal en el que se halla glosado el peritaje médico legal.

Por último, la acción de divorcio por la causal de atentado contra la vida del cónyuge caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida ésta, en la forma expuesta para el caso de la sevicia.

4. Injuria grave.- Etimológicamente proviene del término latino in juria que significa lo injusto o hechos sin derecho, agravio o ultraje con el fin de deshonrar.

Llamado también 'sevicia moral', que para Carrara citado por Flores Polo Pedro (1980) consiste "en cualquier hecho mediante el cual se manifiesta en una ofensa al honor, a la reputación o al decoro de una persona". En cambio, Planiol y Ripert citado por Peralta Andia (2008) afirman que la injuria es una noción moral de contornos inciertos y que es susceptible de aplicarse a actos muy diversos, ensanchándose al infinito las causas del divorcio.

En consecuencia, la injuria grave es una causa facultativa que puede ocasionar el divorcio, consiste en la ofensa grave a la personalidad, los sentimientos y la dignidad del otro cónyuge que implica violación de los deberes recíprocos nacidos del matrimonio.

Se funda, esta causa, en el quebrantamiento de una de las obligaciones que nacen del matrimonio como es el deber de asistencia y el respeto por la personalidad, los sentimientos y el honor del otro consorte, así como en el hecho de que no es posible la vida en común supeditada a las

humillaciones, intemperancias y caprichos del otro, que en el fondo significan un menosprecio profundo.

Con respecto al elemento objetivo, debe decirse, que también está formado por un conjunto de hechos ultrajantes a la dignidad del otro cónyuge, en ese sentido, constituyen injuria grave: las palabras ofensivas e hirientes (verbales o escritas), el ultraje físico producido en público (una bofetada), la imputación calumniosa de un delito, la negativa injustificada de cumplir con el débito sexual la negativa de celebrar matrimonio religioso si se hubiera prometido, el incumplimiento de los deberes de asistencia y auxilio, etc. De este modo, la injuria involucra a una serie de actos.

En cambio, el elemento subjetivo está formado por el animus injuriandi o propósito de ofender o menospreciar profundamente al otro. Luego, la ley no admite como injurias graves más que aquéllas que son expresión de un sentimiento negativo, meditado y permanente que hace insoportable la vida en común, de ese modo, las palabras subidas de tono y las inconvenientes que se escapan en un momento de violencia pasajera, excusables por las circunstancias, tampoco constituye injuria grave, menos aquéllas que han sido proferidas con animus jocandi (juego).

Los requisitos para promover una acción de esta naturaleza por causal de injuria grave son:

- a)** Que exista una ofensa grave causado por un cónyuge al otro,
- b)** Que dichas ofensas sean reiteradas o permanentes,
- c)** Que el ultraje signifique un menosprecio profundo por el otro cónyuge,
- d)** Que la vida en común sea insoportable y que no se funde en hecho propio.

Ahora bien, la injuria grave puede constituir un delito contra el honor, sancionado por la ley penal, pero como causa de divorcio es facultativa, pues, los juzgadores tienen un amplísimo poder para valorar la conducta de los cónyuges. Respecto de la prueba puede ser factibilizada por cualquiera de los medios probatorios contemplados por el Código adjetivo.

La acción de divorcio por injuria grave es susceptible de caducidad, vale decir, que se pierde la oportunidad para su ejercicio si hubiera transcurrido más de seis meses desde que se produjo la causa.

5. Abandono injustificado de la casa conyugal.- El abandono, es la dejación o falta de protección del hogar conyugal sin motivo justificado, por consiguiente, se trata de otra causa perentoria que genera el divorcio, que consiste en el alejamiento de la casa conyugal o en el rehusamiento de volver a ella por uno de los cónyuges en forma injustificada y con el propósito de sustraerse al cumplimiento de sus deberes conyugales y paterno-filiales, por el tiempo establecido en la ley.

Esta causa, halla su base, en la infracción del deber de hacer vida en común en el domicilio conyugal y, también, en la intención de sustraerse al cumplimiento de sus deberes conyugales y familiares, esto es, se viola los deberes de cohabitación y de asistencia recíproca.

Sus elementos son:

- a) El objetivo, manifestado en el abandono de la casa conyugal (alejamiento) y el rehusamiento de retomar a ella (negativa),
- b) El subjetivo, que se expresa en la intención deliberada de uno de los cónyuges de eximirse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales y las paterno-filiales.
- c) El temporal, determinado por el transcurso de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda de este plazo.

Debe distinguirse el abandono injustificado de la separación de hecho. En esta última, no existe cónyuge culpable ya que puede haberse generado dicha separación por acuerdo mutuo y también por voluntad unilateral, suponiéndose en tal situación la aquiescencia o conformidad al menos tácita del otro. En ese sentido, algunos autores, sostienen que no abandona aquél que es arrojado de la casa conyugal, ni podrá reclamarse el abandono quien maliciosamente dejó el hogar y que al retomar éste, ya no existe.

Los requisitos para intentar la acción de divorcio por causal de abandono injustificado de la casa conyugal son:

- a) Que uno de los cónyuges haya abandonado la casa conyugal o rehusado volver a ella,
- b) Que tal actitud sea injustificada y con el propósito de destruir la unidad conyugal
- c) Que el abandono o rehusamiento se prolongue por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono excedan a este plazo.

Respecto a la probanza del abandono se acredita por cualquiera de los medios probatorios contemplados en la ley procesal, especialmente, con el certificado de la denuncia policial por abandono de la casa conyugal y su respectiva investigación o, también, con la carta notarial dirigida ¡¿abandonante invitándolo a retomar a la casa conyugal.

Se advierte que el derecho y la acción no caducan, lo que significa que el abandonado puede interponer la acción encaminada a conseguir la disolución del nexo conyugal, en cualquier tiempo y mientras subsista el abandono o rehusamiento.

6. Conducta deshonrosa.- La conducta es el modo de proceder que tiene una persona, la manera de regir su vida y sus acciones. En cambio, la conducta deshonrosa es el proceder incorrecto, indecente e inmoral que está en oposición al orden público, la moral y las buenas costumbres.

En ese sentido la conducta deshonrosa es otra causa facultativa que puede ocasionar el divorcio a consecuencia del comportamiento deshonesto, indecente e inmoral de uno de los cónyuges de modo habitual, que afecta la buena imagen, el honor y el respeto de la familia, condiciones en las cuales es insoportable la vida en común.

Se entiende que esta causa se funda en el quebrantamiento de uno de los deberes éticos que supone la vida matrimonial y, también, en la

deshonra que ocasiona uno de los esposos con su comportamiento, provocando una grave perturbación en las relaciones conyugales, familiares y sociales.

El elemento objetivo que configura esta causa se halla en el comportamiento deshonesto e inmoral de uno de los consortes que se manifiesta en una gama de hechos o situaciones que se presentan en la realidad como el juego habitual, la vagancia u ociosidad, la ebriedad habitual, la reiterada intimidad amorosa con persona distinta del cónyuge, el descuido del hogar, las salidas injustificadas sin autorización del otro, el dedicarse al tráfico ilícito de drogas, etc.

Tratándose del elemento subjetivo, los autores no lo consideran, porque estos actos pueden ser intencionales y también no tener ese carácter, presumiéndose entonces el descuido y la negligencia.

Para intentar una acción de esta índole se requiere del cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a)** Que uno de los cónyuges incurra en conducta deshonrosa,
- b)** Que esa conducta sea habitual o permanente.
- c)** Que se haga insoportable la vida en común,
- d)** Que no se funde en hecho propio.

Respecto de la prueba los hechos pueden acreditarse por cualesquiera de los medios permitidos en la ley procesal, pero como se trata de una acción facultativa, el juez tiene amplitud para apreciar la conducta deshonrosa teniendo en cuenta la educación, las costumbres y la conducta de los cónyuges.

La acción no caduca, lo cual significa que está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

7. Toxicomanía.- La toxicomanía es una ciencia que trata del consumo habitual de sustancias que producen alteraciones de orden físico y trastornos mentales.

Desde el punto de vista jurídico es una causa perentoria de divorcio que consiste en el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o sustancias que puedan generar toxicomanía, comprometiendo gravemente la normalidad de la vida conyugal.

El fundamento radica en el quebrantamiento de los deberes ético-morales que supone el matrimonio y desde luego, en un principio eugénico, ya que el cónyuge no afectado corre el peligro de adquirirlo. El divorcio se explica por la secuela de daños materiales y morales que causa la toxicomanía en el otro consorte y la descendencia.

Por otro lado, el elemento objetivo se manifiesta en el consumo de drogas alucinógenas y otras drogas que causan dependencia y que producen las llamadas “sensaciones agradables”. “mundos artificiales” y “paraísos indescriptibles”, todo lo que expresa más bien un vicio y no una necesidad terapéutica. Están afectados por el vicio las personas que consumen opio, cocaína, morfina, ácido lisérgico, terokal, etc. En cambio, el elemento subjetivo, se manifiesta en el consumo habitual e injustificado de drogas y otras sustancias que causan dependencia, que al principio puede ser consciente, pero después podría no interesar este elemento.

La acción de divorcio por esta causal exige el cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a)** Que uno de los cónyuges consuma drogas alucinógenas o que causen toxicomanía,
- b)** Que su uso sea habitual e injustificado,
- c)** Que represente un peligro para el otro cónyuge y la prole, d) Que se haga insoportable la vida en común.

Esta causal se puede acreditar por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley adjetiva, pero, la prueba idónea es la pericia médico legal. La acción no caduca, por consiguiente, está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

8. Enfermedad venérea grave.- La palabra venérea deriva del término latino venerari que significa rendir culto a Dios, especialmente a Venus que representa no solamente la voluptuosidad, la gracia y la hermosura sino también el principio de la fecundidad y de la generación, por consiguiente, es todo lo relativo a la sensualidad y los deleites carnales; no obstante se aplica a ese mal contagioso contraído generalmente por el trato sexual.

Se trata entonces, de otra causa perentoria que determina el divorcio que consiste en la adquisición de una enfermedad grave, de origen y localización sexual, de contagio fácil y de serias consecuencias para la descendencia contraída después de la celebración del casamiento.

El fundamento de esta causa se encuentra en la infracción de un principio eugénico y también del deber de fidelidad. De un lado, importa conducta inmoral el haber adquirido a base de relaciones íntimas con personas extrañas, una enfermedad grave después de la celebración del matrimonio y, de otro, peligro de contagio para el otro cónyuge, así como la posibilidad de engendrar una prole defectuosa y enferma.

Atendiendo al elemento objetivo, está constituido por las graves alteraciones en la salud de uno de los cónyuges, que se manifiesta en la adquisición del chancro, la sífilis, la blenorragia y la gonorrea, todos ellos permanentes y de difícil curación. Mientras que el elemento subjetivo, está formado no precisamente por la intención de contraer dicha enfermedad, sino por la de violar el deber de fidelidad a cuya consecuencia se contraen dichas enfermedades que son de fácil contagio y de graves consecuencias para la descendencia.

La acción por esta causa requiere de las siguientes condiciones:

- a)** Que uno de los cónyuges haya contraído una enfermedad venérea grave,
- b)** Que la haya contraído después de la celebración del matrimonio,
- c)** Que el afectado haya violado el deber de fidelidad, d) Que represente peligro para el otro cónyuge y la descendencia.

Con respecto a la prueba, las enfermedades venéreas pueden probarse por cualquiera de los medios probatorios señalados por el Código adjetivo; pero, la prueba idónea es el peritaje médico legal. Se trata de una causa perentoria, porque probado el mal, el juez necesariamente debe declarar fundada la acción.

Es más la acción por esta causa no caduca, lo cual significa que puede promoverse en cualquier tiempo, siempre que subsista la causa. Las legislaciones modernas suelen incluir el delito de contagio venéreo que constituye “daño para la salud”, pero el Código Penal peruano no tipifica expresamente este delito, aun cuando es posible aplicar el artículo 289.

9. Homosexualidad.- La palabra homosexual no deriva de la voz latina homo que significa hombre; sino, del prefijo griego hornos que equivale a lo mismo, igualdad o semejanza. En ese sentido, indica a toda persona que tiene relación carnal con otra de su mismo sexo. Para otros, es la atracción erótica entre individuos del mismo sexo que puede ser congénita o adquirida, pero que revela anormalidad endocrina o problemas de índole psicológica acrecentadas por una serie de factores sociológicos.

Luego, la homosexualidad es también otra causa perentoria que genera la disolución del vínculo conyugal, que consiste en el trato carnal que mantiene un cónyuge con persona de su mismo sexo, después de la celebración del matrimonio, por tanto, se trata de una perversión sobreviniente al casamiento que implica la inversión sexual, razón por la que no es posible una vida en común.

El fundamento se encuentra en la violación de un deber de orden moral y del deber de fidelidad conyugal, porque no sólo significa una perversión sexual, tendencias y prácticas anormales, sino también el menosprecio por el sexo del otro consorte.

La homosexualidad es una nueva causal introducida por la Comisión Revisora, innovación que no representa como algunos han sostenido una

mayor apertura divorcista, porque en la práctica los tribunales ya la consideraban incurso dentro de otra causal: la conducta deshonrosa.

El elemento objetivo se manifiesta en el trato carnal que mantiene un cónyuge con tercera persona de igual sexo. Se llama sodomía o pederastería cuando el acto carnal se realiza entre adultos o con niños en el último caso y; safismo, lesbianismo o tribadismo cuando tal acto se practica entre mujeres. El elemento subjetivo, en cambio, para algunos autores no interesa, porque en estas prácticas puede mediar propósito o simplemente prescindirse de él.

La homosexualidad, además, puede ser activa y pasiva según los casos. Muchos invertidos son cínicos porque hablan con acento femenino, manifiestan cierto pudor, no tienen vergüenza si se desnudan en presencia de mujeres pero se sonrojan cuando son sorprendidos por varones, ocultan ingeniosamente sus órganos sexuales y los adaptan de acuerdo con sus intereses, son apasionados, celosos, etc.

Para intentar una acción es indispensable el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que un cónyuge sea homosexual,
- b) Que tal anomalía sea sobreviniente al matrimonio.
- c) Que implique menosprecio por el sexo del cónyuge,
- d) Que haga insostenible la vida en común. Esta causa se acredita por cualquiera de los medios probatorios contemplados en el Código procesal, pero la idónea es la pericia médico legal.

Por último, la acción de divorcio por homosexualidad sobreviniente caduca si no se la ejercita dentro de los seis meses de conocida la causa por el ofendido, en todo caso, a los cinco años de producida.

- 10. Condena judicial por delito doloso.-** Para Cornejo Chávez (1999) “es la injuria grave que el delito de uno de los cónyuges infiere al otro y a la familia lo que puede imposibilitar la convivencia normal”.

Se trata, entonces, de otra causa perentoria que determina la disolución del vínculo matrimonial, que consiste en la imposición a uno de los cónyuges de una condena a pena privativa de libertad mayor de dos años por delito doloso, después de la celebración del casamiento.

Esta causa se funda en el quebrantamiento de una obligación ético-moral que implica el matrimonio y, desde luego, en la deshonra que significa la imposición de una condena a uno de los consortes por la conducta delictuosa asumida en forma consciente y deliberada, lo que ciertamente transgrede las normales relaciones conyugales.

El elemento objetivo está constituido por una conducta típica, antijurídica, culpable y que reúne las condiciones objetivas de punibilidad; en cambio, el elemento subjetivo, por la libre y consciente voluntad para cometer un acto delictuoso sancionado por la ley penal.

Para que el delito doloso sea considerado como causa de divorcio requiere del cumplimiento de las siguientes condiciones:

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

La prueba idónea es la copia certificada de la sentencia condenatoria consentida y ejecutoriada, pero puede probarse también por cualquiera de los medios probatorios establecidos en el Código adjetivo.

Sin duda, la acción caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida ésta.

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.

5. EFECTOS JURIDICOS

A. Con relación a los cónyuges.- Las consecuencias jurídicas que ocasiona el divorcio a los esposos son las siguientes:

1. Disolución del Vínculo Matrimonial.- Se trata del efecto que reviste la mayor gravedad, porque el divorcio destruye definitivamente el nexo conyugal, en tal forma que los ex consortes pueden contraer nuevo matrimonio con tercera persona o entre sí mismos. Se advierte que la ruptura definitiva del vínculo matrimonial no opera retroactivamente, sino para el futuro.

2. Obligación alimentaria de los ex-cónyuges.- Por regla general, con el divorcio cesa la obligación alimentaria entre los esposos; no obstante, ésta subsiste en los casos siguientes:

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimentaria no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

El ex-cónyuge puede por causas graves pedir la capitalización de la pensión alimentaria y la entrega del capital correspondiente.

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

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias- Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso (artículo 350).

3. Reparación del daño moral.- Por mandato de la ley el juez puede conceder al cónyuge inocente una suma de dinero a título de reparación si ha resultado seriamente afectado en sus bienes extrapatrimoniales como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente, si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge.

4. Pérdida de gananciales.- Se trata de que el cónyuge divorciado por su culpa pierde los gananciales que proceden de los bienes del otro cónyuge desde la celebración del matrimonio y no precisamente desde la fecha en que se realizó el hecho ilícito que le es imputado y que determinó el divorcio, pero debe entenderse que conservará su derecho en lo demás. Este efecto opera sin necesidad de que lo declare el órgano jurisdiccional de modo expreso.

5. Pérdida de derechos hereditarios.- Es otro de los efectos que produce el divorcio que afecta tanto al cónyuge culpable como al inocente, consiste en que los cónyuges pierden el derecho de heredarse entre sí, lo que opera de pleno derecho, porque no es necesario que lo declare el órgano jurisdiccional. Se funda en el hecho de que la vocación hereditaria nace del parentesco o del matrimonio, pero el divorcio lo destruye definitivamente en este último caso, luego, no es posible la sucesión testada ni la intestada.

6. Cesación de llevar el apellido del marido.- La ley establece que la mujer tiene derecho de llevar el apellido del marido agregado al suyo y a

conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio; pero este derecho, cesa en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de la separación de cuerpos, la cónyuge conserva tal derecho, sin embargo, en caso de controversia lo resuelve el juez.

7. Terminación de la afinidad colateral.- Igualmente la ley prescribe que el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

Ahora bien, la afinidad en la línea recta no acaba por la disolución del matrimonio, así como subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge, lo que significa que termina el parentesco de afinidad colateral en los demás grados.

B. Con relación a los hijos.- Los efectos jurídicos que ocasiona el divorcio, en cuanto a la descendencia, son los siguientes:

1. Suspensión del ejercicio de la patria potestad.- La disolución del nexo conyugal, impone a los padres la necesidad de velar en lo posible por el bienestar de los hijos, por cuya razón la ley establece dos casos:

Si uno de los cónyuges es culpable, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo el divorcio por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de los mismos, que se encargue de todos o de alguno de ellos, al otro cónyuge, pero si hubiera motivos graves, el ejercicio de la patria potestad podrá encargarse a una tercera persona. Esta designación debe recaer especialmente en alguno de los abuelos, hermanos o tíos, por su orden.

En cambio, si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedarán a cargo del padre; las hijas menores de

edad, así como los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

Entonces, el padre o la madre a quien se haya confiado los hijos, ejerce la patria potestad de éstos: mientras que el otro queda suspendido de tal ejercicio, pero lo reasumirá de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

2. Derecho alimentario.- El juez está obligado a cuidar de que los padres divorciados cumplan con el fundamental derecho-deber de alimentar a sus hijos, por cuya razón en la sentencia deberá señalar la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos.

Debe entenderse por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, según la situación o posibilidad de los padres o del obligado; pero si el alimentista es menor de edad, los alimentos –por disposición legal– comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. En todo caso los alimentos deben solicitarse expresamente.

6. CUESTIONES PROCESALES

A. Titularidad de la acción.- Lo mismo que la separación de cuerpos, por norma general, la acción de divorcio es de naturaleza estrictamente personal; sin embargo, por excepción, si alguno de ellos es incapaz ya por enfermedad mental o por declaración de ausencia, la acción puede ejercitarse por cualquiera de sus ascendientes si se funda en una causa específica. A falta de ellos el curador especial representa al incapaz (artículo 334).

La acción corresponde a los propios cónyuges porque es evidente que ellos son los únicos que están en aptitud de apreciar tal necesidad, la conveniencia o la procedencia de instaurar una acción, cuyo efecto será la

disolución definitiva del nexo conyugal. Pero, como se tiene dicho, por excepción, podrá representar al incapaz, en los casos mencionados, sus ascendientes y también el curador especial.

B. Limitaciones.- También con respecto al divorcio la ley establece una serie de limitaciones que deben tomarse en cuenta al momento de instaurar la acción. Estos son:

1. La prohibición de fundar la acción de divorcio en hecho propio, previsto en el artículo 335.
2. La prohibición de fundar la acción de divorcio por causal de adulterio, si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó: empero, la prohibición posterior al conocimiento de dicha causal impide iniciar o proseguir la acción.
3. La prohibición de invocar en el divorcio la causal de condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, quien conoció el delito antes de casarse, contemplado en el artículo 338.

C. Requisitos para intentar la acción.- La acción de divorcio exige del cumplimiento de algunos requisitos para su admisibilidad, los mismos son:

1. Que exista un matrimonio válido y vigente, sin cuyo presupuesto no es posible incoar la referida acción.
2. Que se dé una causa de divorcio previsto en el artículo 349, concordante con el artículo 333 del mismo cuerpo legal.
3. Que la acción no haya caducado, conforme lo prevé el artículo 339.
4. Que lo declare el órgano jurisdiccional, dentro del proceso respectivo y conforme a ley.

Además, debe establecerse lo concerniente al régimen de la patria potestad, el alimentario y el patrimonial, según los casos.

D. Procedimiento.- En el juicio de divorcio es competente el juez de primera instancia del último domicilio conyugal, o el del lugar donde reside el

demandado, a elección del demandante. El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de común acuerdo o, en su defecto, el último que compartieron.

El proceso de divorcio se sujeta a los trámites correspondientes al juicio de menor cuantía donde el Ministerio Público es parte. El nuevo Código Procesal Civil establece cambios al preceptuar que la pretensión de divorcio por causales señaladas en los primeros once incisos del artículo 333 del Código Civil (excepto el inciso 12 y 13 que carecen de culpa), se sujeta al trámite del proceso de conocimiento y de acuerdo a las peculiaridades establecidas en el artículo 480 y siguientes.

De conformidad con el numeral 357, el demandante puede en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación, siendo su objeto posibilitar la reconciliación de los cónyuges.

Además, aunque la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien. Aquí el juez tiene amplia libertad para apreciar y decidir sobre el particular. Está previsto en el numeral 358.

Una vez pronunciada la sentencia en primera instancia, sino se interpone el recurso de apelación que declara el divorcio, por disposición de la ley, deberá ser consultada al tribunal de segunda instancia. Aprobada ésta, la sentencia podría quedar ejecutoriada si no se hiciera valer ningún otro recurso.

No obstante ello, en aplicación del principio de protección familiar se permite la reconciliación de los cónyuges. En efecto durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian, de tal modo, que reconciliados éstos, pueden demandarse nuevamente el divorcio sólo por causas nuevas o recién sabidas.

Pero si se trata de la conversión de la acción de separación de cuerpos en divorcio, la ' reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, deja sin efecto esta solicitud.

E. Subsistencia de efectos religiosos.- El artículo 360 del Código actual considerando la existencia de un gran número de matrimonios religiosos dispone que las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.

7. LEGISLACION NACIONAL

▪ CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO

Artículo 4°.- Protección del niño, madre, anciano y la familia. El matrimonio La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

▪ CODIGO CIVIL

Capítulo Segundo

Divorcio

Artículo 348°.- Definición.

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

Artículo 349.- Causales de divorcio

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.

—*Artículo 333.-Causales*

Son causas de separación de cuerpos:

1. *El adulterio.*
2. *La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.*
3. *El atentado contra la vida del cónyuge.*
4. *La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.*
5. *El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.*
6. *La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.*
7. *El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.*
8. *La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.*
9. *La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.*
10. *La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.*
11. *La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.*
12. *La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335—.*

Artículo 350º.- Efectos del divorcio.

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

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

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

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

Artículo 351º.- Reparación del daño moral al cónyuge inocente.

Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Artículo 352º.- Pérdida de gananciales por el cónyuge culpable.

El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.

Artículo 353º.- Pérdida del derecho hereditario.

Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

Artículo 354.- Plazo de conversión

Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Artículo 355º.- Normas aplicables al divorcio.

Son aplicables al divorcio las reglas contenidas en los artículos 334º a 342º, en cuanto sean pertinentes.

—*Artículo 334º.- Titulares de la acción de separación.*

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 335º.- Hecho propio.

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

Artículo 336º.- Acción fundada en adulterio.

No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción.

Artículo 337º.- Apreciación de las causales.

La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

Artículo 338º.- Improcedencia de la acción por delito conocido.

No puede invocar la causal a que se refiere el inciso 10 del artículo 333º, quien conoció el delito antes de casarse.

Artículo 339º.- Caducidad de la acción.

La acción basada en el artículo 333º, inciso 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco

años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan—.

Artículo 356º.- Reconciliación de los cónyuges.

Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian.

Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346.

Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud.

—Artículo 346º.- Efectos de la reconciliación.

(...)

Reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación sólo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas—.

Artículo 357º.- Variación de la demanda de divorcio por separación.

El demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación.

Artículo 358º.- Facultad para declarar la separación y no el divorcio.

Aunque la demanda o la reconvención tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien.

Artículo 359º.-Consulta de la sentencia.

Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.

Artículo 360º.- Subsistencia de los deberes religiosos.

Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.

8. JURISPRUDENCIAS, PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES**➤ Jurisprudencias:****1. DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO**

El recurrente en el numeral cuarto de su escrito de apelación de sentencia -obrante a fojas ciento cincuenticinco presenta nuevas pruebas, tales como: fotocopias certificadas de las partidas de nacimiento de dos menores de edad, con lo que supuestamente se encontraría acreditada la causal de adulterio de su esposa doña Fiviana Garay Malvaceda”, “Que, a pesar de ello, el Ad quem no ha admitido ni rechazado dichas pruebas.CAS. N° 228-2004 – HUAURA

2.DIVORCIO - ABANDONO INJUSTIFICADO

Se debe señalar que a la fecha no existe doctrina jurisprudencial de conformidad con los lineamientos establecidos en el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil; por consiguiente esta causal debe ser desestimada. CAS 5046-06 – PUNO

3. DIVORCIO - CONDUCTA DESHONROSA

La conducta deshonrosa, como causal de separación de cuerpos y divorcio, implica una secuencia de actos deshonestos, que afectando la personalidad del otro cónyuge causan en él un profundo agravio, que perjudican profundamente la integridad y dignidad de la familia, atentando contra la estimación y respeto mutuos que debe existir entre marido y mujer. CASACION 584-99 – LIMA

4. DIVORCIO - CONDUCTA DESHONROSA

Conforme se desprende de la causal de divorcio contenida en el inciso sexto del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, la conducta deshonrosa que motive el divorcio, debe hacer insoportable la vida en común, es decir, existiendo una relación de causa - efecto, invocar tal causal supone que los actos deshonrosos son realizados cuando los cónyuges vienen haciendo vida en común, en ejercicio del deber de cohabitación contenido en el artículo doscientos ochentinueve del Código sustantivo glosado. CASACIÓN N° 3192-2006 – HUÁNUCO

5. DIVORCIO - CONDUCTA DESHONROSA

Para efectos del presente proceso, esta Sala de Casación estima que debe detenerse en el segundo de los requisitos; que, en efecto, este último significa que la conducta de la que uno de los cónyuges está siendo víctima por parte del otro ha llegado a un punto en la que no puede ser soportada por la víctima, convirtiendo la vida en común en insostenible; lo que significa que el resultado final de la conducta deshonrosa es el quebrantamiento de la vida en común que es propia, lógicamente, del matrimonio, de conformidad con el artículo doscientos treinticuatro del Código Civil; empero, si entre cónyuges ya no existe vida en común, es decir, si no se realiza uno de los fines del matrimonio, sino que por el contrario, están separados de hecho, resulta evidente que no puede configurarse la causal en análisis; vale decir, un hecho no puede convertir en insoportable una vida en común que ya no existía. CASACIÓN N°.4362-2006-LIMA

6. DIVORCIO-SEPARACION DE HECHO E IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMUN

Los tres elementos para la procedencia de la excepción de litispendencia, a saber, son: identidad entre las partes de los dos procesos en trámite,

para lo cual, se requiere que el demandante y el demandado en el primer proceso sean respectivamente el demandante y el demandado en el segundo, pero jamás a la inversa, siendo que ello no podría ser de otra manera, pues si se pretende un mismo petitorio - lo que luego analizaremos - es necesario que ambas partes se encuentren en la misma posición procesal; identidad del petitorio u objeto de la pretensión, que existirá cuando entre dos o más relaciones jurídicas, la materia concreta e individualizada, discutida en el proceso es la misma en una y otra relación; y el tercer último elemento es la identidad en el interés para obrar de quienes promovieron uno y otro proceso en desarrollo, que constituye la coincidencia entre el factor motivante de los justiciables en ambos procesos (económico o moral), o sea, la causa que indujo u obligó (sí se trata del demandado) a las partes a intervenir en ellos. CASACION 1518-2006 – LIMA

7. DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

DÉCIMO PRIMERO.- Que, en el presente caso, la Sala Superior no ha expresado las razones fundamentales por las cuales decide apartarse tácitamente del precedente judicial vinculante establecido en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro - dos mil diez, Puno, que le impone el deber de pronunciarse, aun de oficio, sobre la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con la separación sobre todo cuando una de las partes ha alegado expresamente, vía reconvencción, hechos configurativos del perjuicio causado y acompañado prueba para efectos de acreditarla. En tal sentido, se ha configurado la causal de apartamiento inmotivado del precedente judicial, sobre interpretación de la norma material contenida en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el primer y segundo párrafos del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, corresponde anular la sentencia recurrida y, con efecto revocatorio, emitir la decisión sobre el fondo que corresponda al caso. CASACIÓN 5060 - 2011 HUAURA.

8. SENTENCIA HOMOLOGADA EMPIEZA A DESPLEGAR SUS EFECTOS DESDE SU EXPEDICIÓN Y NO DESDE SU RECONOCIMIENTO

El bien inmueble adquirido con posterioridad a la sentencia extranjera que declara el divorcio, constituye un bien propio, pues los efectos de la sentencia que es homologada en el país de origen de los ex cónyuges se retrotraen a su fecha de expedición, por ello, no es cierto la afirmación que a partir de su reconocimiento es que empieza a desplegar sus efectos, porque lo que se busca con el exequátur es darle fuerza ejecutiva a lo decidido por el juez extranjero y no realizar un nuevo juicio. Así lo estableció la Sala de Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la CASACIÓN N° 1075-2015-LIMA.

PLENO JURISDICCIONAL:

1. SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ - DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Conforme lo ha establecido el precedente vinculante dictado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, tiene carácter de obligación legal, pues el título que la fundamenta y justifica es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial. En principio, no es presupuesto sine quanon de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se

contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio por esta causal, tenga o no culpa -en sentido amplio- cualquiera de los cónyuges, y aun en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación preferente de bienes.

"Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) Los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) De los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo -sentencia constitutiva-, que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso. En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable -culpa en sentido amplio- de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica -por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho- y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación."

CASACIÓN N° 4664-2010-PUNO.

9. DERECHO COMPARADO

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

La doctrina del divorcio remedio se fue afirmando después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en el campo socialista, tal ocurre actualmente en Polonia, Alemania, Rumania, Checoslovaquia, sin embargo, en países como Austria y Grecia han preferido seguir una doctrina intermedia.

Sin embargo, existen códigos que establecen sistemas especiales en lo referente a las causales:

a) Sistema de causales biestructural, es decir existen causales aplicables para la separación y otras para el divorcio, siendo específicas y propias para cada caso. De manera casi uniforme se sustentan aquellas legislaciones que permiten el mutuo disenso como hecho de separación de cuerpos mas no como divorcio, siendo discutible pues el acuerdo entre las partes para hacer decaer o debilitar el vínculo matrimonial; no es una causal, sino un acuerdo conjunto (Colombia, Perú, Venezuela).

b) Sistema mixto, las causales de separación son aplicables a las de divorcio (Bélgica, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Holanda, Inglaterra, Panamá, Perú, Uruguay, Venezuela).

c) Sistema complejo, algunas causales de una son aplicables para la otra: tenemos que en España, las causales de separación por condena, alcoholismo, toxicomanía, enfermedad mental y el cese voluntario de la convivencia conyugal por seis meses, son también causales de divorcio. En

el caso de Venezuela las de divorcio como el adulterio, abandono, sevicia, injuria, conato de prostitución, condena y la toxicomanía son aplicables a la separación.

El sistema colombiano establece que las causales para el divorcio son aplicables para la separación, gozando esta última de la posibilidad del mutuo disenso. El caso singular de Ecuador es que siguiendo el criterio contractualista del matrimonio, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente (art. 81), existe el divorcio por causal (art. 109) y por mutuo disenso (art. 106) y sólo se contempla que el derecho a solicitar la separación conyugal judicialmente autorizada es por esencia irrenunciable (art. 123) y, cuando regula la separación conyugal judicialmente autorizada determina que la misma procede por las causales de divorcio, además por las ofensas reiteradas (no necesariamente graves), la actitud hostil o despectiva, incompatibilidad de caracteres que produzcan frecuentemente la falta de armonía conyugal. Refiriéndonos al divorcio por acuerdo, éste es también asumido por el Código Civil de Japón (art. 763).

De otro lado, en Chile no existe el divorcio absoluto o vincular. Su Código Civil establece que el matrimonio es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente (art.102). Sólo puede disolverse el matrimonio (art. 37 y art. 2 del Título Final del Código Civil) por muerte natural de alguno de los cónyuges o por declaración de nulidad pronunciada por autoridad competente y (art. 38 loc.cit) por muerte presunta. Los casos especiales de divorcio que reconoce el sistema chileno son el divorcio temporal y el perpetuo, con la característica que no disuelven el matrimonio, sino que suspenden la vida en común de los cónyuges (art. 19 loc.cit). En el primer caso, el temporal, su duración no excederá de cinco años (art. 20 loc.cit), siendo fijado el plazo de separación de acuerdo al criterio del juez (art. 23 loc.cit). En el perpetuo la separación es indefinida pero permanece vigente el vínculo matrimonial.

La negación al divorcio se extiende en el Código Civil chileno en dos normas de carácter internacional (art.120), el matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a la leyes del mismo país, pero que no hubiere podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en Chile, mientras viva el otro cónyuge; así también (art. 121) el matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas.

Un caso especial en el Derecho comparado es el de Egipto, que hasta hace poco no aceptaba el divorcio pero hoy lo permite con serias restricciones para las mujeres y una amplia ventaja para los hombres. Es así que el Código de Estatuto Personal recientemente dado en Egipto (29/02/2000), tras cerca de un mes de intensas y enconadas discusiones en un Parlamento compuesto en un 99% de hombres, estableció el derecho de las mujeres a pedir el divorcio, una prerrogativa que en la antigua ley solo podía ser utilizada por los hombres. Esta nueva ley, sin embargo, establece para la mujer algunos requisitos previos antes de obtener el divorcio como reconocer la "incompatibilidad" con su marido, renunciar a sus derechos financieros, comprometerse a devolver la dote otorgada en el momento del matrimonio y, por último, someterse al arbitraje o conciliación de un tribunal compuesto por miembros de las dos familias. El actual reglamento establece sin embargo una dura contrapartida: la mujer deberá hacerse cargo de todos los gastos que provoque la instrucción o la crianza de sus hijos. La posibilidad de las mujeres a utilizar el divorcio ha venido acompañado del reconocimiento de otro importante derecho: viajar libremente al extranjero. La nueva ley anula la potestad del marido a impedir los viajes al extranjero de las mujeres y cancela los permisos que obligatoriamente debían extender los esposos para que las mujeres pudieran solicitar un pasaporte. La ley anterior daba a, asimismo, a los esposos la posibilidad de pedir a los servicios aduaneros o a la policía que impidieran a las mujeres la salida del país.

Criterio taxativo de causales o enunciación general

El Código Civil de México es uno de los que menciona taxativamente más causales, 18 en total. Seguro es que ha tomado como referentes a los Códigos Civiles de los estados de Guanajuato, que indica 12 causales; Coahuila, Durango, Tlaxcala, Veracruz, 16; Yucatán, Tabasco, San Luis Potosí, Jalisco, Nuevo León, 17; Tamaulipas, 18 y Morelos, 19 causales.

Casos especiales de taxatividad excesiva contemplados en algunos estados mexicanos son los casos de: incitación a la prostitución, maltrato de los hijos, impotencia incurable sobrevenida después del matrimonio, el hecho que la mujer dé a luz un hijo concebido fuera del matrimonio, demostrado sea que no es del marido (como un caso distinto al adulterio), padecer de tuberculosis o sífilis, los actos u omisiones contrarios a la fidelidad que presuman un adulterio, los actos inmorales con el fin de corromper a los hijos, negarse alimentos, el negarse la mujer a acompañar a su marido por cambio de residencia dentro de territorio nacional, la declaración judicial de ausencia o la declaración de muerte presunta, la acusación calumniosa, bigamia, incompatibilidad de caracteres, el desistimiento de la acción de divorcio por causal y la enajenación mental incurable.

Cuando el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, dirigido por el maestro Carlos Fernández Sessarego, citado por Varsi Rospigliosi Enrique (2001) preparó el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1984 se estructuró un sistema en el que, considerando las causales tradicionales, se planteaba una causal genérica que decía lo siguiente:

Artículo 333.-Todo incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o de los derechos respecto de los hijos comunes o de cualquiera de los cónyuges que conviven en el domicilio conyugal, así como todo hecho que imposibilite la vida en común, constituye causal para demandar la separación de cuerpos o el divorcio.

Esta propuesta fue analizada y tomada de tres (3) sistemas legales: el esquema del Código Civil francés en el que (art. 242) se permite que un cónyuge demande el divorcio por situaciones imputables al otro cuando esos hechos constituyen una violación grave y reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y hacen intolerable el mantenimiento de la vida en común; el esquema italiano (art.151) que establece que la separación puede ser pedida cuando se verifican, aun independientemente de la voluntad de uno o de ambos cónyuges, hechos tales que hagan intolerable la prosecución de la convivencia o que ocasionen grave perjuicio a la educación de la prole; y el Código Civil de Japón (art. 770, inc. 5) si existe otra grave razón por la cual es difícil para el o la cónyuge continuar con el matrimonio.

Sin embargo, no se quiso ser tan amplios como la Ley de matrimonio de la República Popular China la cual no indica causales para recurrir a la disolución del vínculo conyugal estableciendo que (art. 24) cuando lo deseen tanto el esposo como la esposa el divorcio será concedido, presentándose para ello ante el organismo del registro matrimonial a fin de solicitarlo.

Es más, en caso de la reforma propuesta se mantuvieron las causales detalladas en el Código. La razón de incorporar la causal genérica fue permitir la flexibilización en la interpretación de determinadas conductas que no se ceñían a las causales enunciadas.

La tendencia en el Derecho comparado está orientada a ir asumiendo la causal genérica. Últimamente, el Proyecto de Código Civil argentino en su artículo 514 declara lo siguiente:

Artículo 514.- Causas que implican culpa. Son causa de separación judicial los hechos de uno de los cónyuges que constituyan una violación grave o reiterada a los deberes derivados del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común.

ANALISIS DEL PROBLEMA

Entre estos últimos (deberes y obligaciones) existen diferencias en el orden jurídico. Los deberes no son exigibles jurídicamente (moral), mientras que las obligaciones sí (procesos judiciales especiales). Partiendo de la estructura especial del negocio jurídico familiar es de señalar que en el mismo priman los deberes frente a las obligaciones. Cuando se omite el cumplimiento de un deber matrimonial surgen las diferencias conyugales, permitiendo la ley poner fin a la unión marital vía divorcio por causal.

El matrimonio tiene formas de extinción:

Natural: Muerte (biológica o judicial)

Voluntaria: Divorcio

En el caso del divorcio, desde el punto de vista doctrinal, ha sido dividido en clases entre los que tenemos:

TIPOS	CONCEPTO	EFECTOS
Sanción	Cuando se incurre en una falta	Busca culpable
Quiebra	Existen actos que resquebrajan el vínculo	Actos particulares
Repudio	Disolución sin expresión de causa expresa	Acto unilateral sin causa
Remedio	La convivencia se torna intolerable, sin culpa	Salida de crisis
Mutuo acuerdo	Extinción voluntaria conjunta	Concertación

La disolución directa del vínculo matrimonial, en nuestro ordenamiento, llega por medio de una causal o vía indirecta por la separación de cuerpos.

Toda causal de divorcio involucra un hecho ilícito, en tanto importa la violación de deberes emergentes del matrimonio dando lugar a una sanción civil, cual es el divorcio. Como conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal, la causal es todo acto u omisión doloso o culposo imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto conyugal.

Las causales pueden ser:

Directas: Cuando la acción va dirigida específicamente contra el otro cónyuge (atentando contra su vida, maltrato, injuria).

Indirectas: Cuando la conducta de un cónyuge repercute en el otro (adulterio, homosexualidad, condena por delito doloso, abandono, conducta deshonrosa, uso de drogas, enfermedad venérea).

Las causales en nuestro sistema jurídico son de orden expreso, no taxativo. Esta aclaración no es manejada en el aspecto local doctrinario y judicial. De allí que sea de necesidad revisar el sistema de decaimiento y disolución del matrimonio en el Perú (no queriendo con ello asumir una posición divorcista) a efectos de salvar objetivamente matrimonios que, unidos por lazos jurídicos, no encuentran una solución real a la crisis conyugal por la falta de modernización de la legislación del código civil vigente (*Art.333 incisos del 1 al 13*)

CONCLUSIONES

1. Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.
2. Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-**sanción**, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.
3. las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-**remedio**, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.
4. La causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva (verificación) y subjetiva (intención), porque no solo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.
5. Finalmente, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

RECOMENDACION

Que el Ministerio Público debe intervenir en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo N° 052.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alberto Vásquez, Ríos. (Agosto 1997). Divorcio por decisión unilateral. Tomo 45. Lima: Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica.
- Brenes Córdova, Alberto. (1974). Tratado de personas. San José de Costarrica.
- Cornejo Chávez, Héctor. (Abril 1999) Derecho Familiar Peruano. Tomo I. Décima Edición actualizada. Lima – Perú: Gaceta Jurídica Editores S. R. L.
- Flores Polo, Pedro. (1980). Diccionario de términos jurídicos. Tomo II. Lima: Cultural Cuzco. p.92
- Holgado Valer, Enrique. (1982). El derecho de familia en la legislación peruana. Cusco: Roymart.
- Peralta Andia, Javier Rolando. (1988). Una nueva concepción para el divorcio en el Perú. Revista N° 02 Colegio de Abogados del Cusco. Cusco: La Amistad. p.93.
- Peralta Andia, Javier Rolando. (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. Lima: Idemsa.
- Ramírez Gronda, Juan. (1976). Diccionario Jurídico. Buenos Aires: Claridad. P.259.
- Taramona, José. (1983). Manual del Juicio del divorcio. Lima: Editores del centro
- Varsi Rospigliosi Enrique. (Mayo 2001). Las causales de divorcio en el derecho comparado. Tomo 90. Lima: Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica.