

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



TÍTULO:

**“EXCLUSIÓN, INCLUSIÓN Y LÍMITES ENTRE LAS CAUSALES DE DIVORCIO
EN CUANTO AL CRITERIO INTERPRETATIVO PARA DECLARAR DISUELTO
EL VÍNCULO MATRIMONIAL, TACNA, 2016”.**

**TESIS PARA OPTAR POR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.**

PRESENTADO POR:

OSCAR NINAJA LÓPEZ

TACNA - PERÚ

2018

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| AGRADECIMIENTOS | 9 |
| DEDICATORIA | 10 |
| INTRODUCCIÓN | 12 |
| CAPÍTULO I | 13 |
| 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 13 |
| 1.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA | 15 |
| 1.1.1. PROBLEMAS ESPECÍFICOS | 15 |
| 1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN | 16 |
| 1.2.1. OBJETIVO GENERAL | 16 |
| 1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 16 |
| CAPÍTULO II | 17 |
| 2. MARCO TEÓRICO | 17 |
| 2.1. MARCO TEÓRICO GENERAL | 17 |
| 2.2. MARCO TEÓRICO ESPECÍFICO: EL DIVORCIO | 18 |
| 2.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DIVORCIO | 18 |
| A. El Divorcio en Derecho Romano Antiguo | 18 |
| B. La Disolución del Matrimonio en Roma | 18 |
| C. La Reacción Cristiana contra el Divorcio | 20 |
| D. Legislación del Emperador Justiniano | 21 |
| 2.2.1.1. NATURALEZA DEL DIVORCIO Y SUS ORÍGENES | 21 |
| A. En Egipto y Siria | 23 |
| B. En el Código Hamurabi y el Pueblo Hebreo | 23 |
| C. En el Deuteronomio | 23 |
| D. En el Cristianismo | 24 |
| E. En el Derecho Musulman | 24 |
| F. En el Derecho Romano | 24 |
| G. En la Edad Media y el Derecho Canónico | 26 |
| H. En el Derecho Francés (Código Civil de 1804) | 26 |
| 2.2.2. LAS LEYES DE DIVORCIO Y SUS CAUSAS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA | 29 |
| A. Inglaterra | 29 |
| B. Estados Unidos | 30 |
| C. Italia | 31 |
| D. Alemania | 33 |

| | |
|---|----|
| E. Francia | 34 |
| 2.2.3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ ACERCA DEL DIVORCIO | 35 |
| A. En el Código Civil Peruano de 1852 | 35 |
| B. En el Código Civil de 1936 | 36 |
| C. En el Código Civil de 1984 | 37 |
| D. Ley 27495 (Modificaciones Introducidas) | 38 |
| 2.2.4. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL 1984 | 39 |
| A. Definiciones | 39 |
| B. Características | 40 |
| C. Consecuencias del Divorcio | 41 |
| D. Efectos del Divorcio | 44 |
| 2.2.5. REFLEXIONES EN TORNO AL SISTEMA DIVORCISTA PERUANO | 46 |
| 2.2.6. PORQUÉ SE SEPARAN LOS MATRIMONIOS | 47 |
| 2.2.7. PANORAMA DE LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO Y SU FLEXIBILIZACIÓN EN EL PERÚ | 48 |
| 2.2.8. LOS MODELOS LEGISLATIVOS SOBRE EL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO | 50 |
| A. Divorcio Sanción | 51 |
| B. Divorcio Remedio | 53 |
| 2.2.9. LAS TESIS SOBRE EL DIVORCIO | 54 |
| A. Tesis Antidivorcista | 54 |
| B. Tesis Divorcista | 55 |
| 2.2.10. CLASES DE DIVORCIO | 56 |
| A. Divorcio Absoluto | 56 |
| B. Divorcio Relativo | 57 |
| 2.2.11. ¿EXISTE UN DERECHO AL DIVORCIO? | 57 |
| 2.2.12. EL DIVORCIO POR CAUSAL REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE | 58 |
| 2.2.12.1. DEFINICIÓN DEL DIVORCIO | 58 |
| 2.2.12.2. NOCIÓN DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO | 60 |
| A. Generalidades | 60 |
| B. Deberes Incumplidos en las Causales de Divorcio | 64 |
| 2.2.12.3. TRATAMIENTO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO | 65 |
| 1) CAUSAL DE ADULTERIO | 65 |
| A. Definición | 67 |

| | |
|---|-----|
| B. Elementos o condiciones para la configuración de la causal de Adulterio | 75 |
| C. Prueba de la causal de Adulterio | 81 |
| 2) CAUSAL DE VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA | 86 |
| 3) CAUSAL DE ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE | 98 |
| 4) CAUSAL DE INJURIA GRAVE QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN | 106 |
| A. Clasificación de las injurias | 118 |
| B. Caracteres de la injuria para que constituya causal de divorcio. | 120 |
| C. Casos de injuria grave | 124 |
| D. Injurias recíprocas | 127 |
| E. Apreciación judicial de la causal de injuria grave | 127 |
| 5) CAUSAL DE ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL POR EL PLAZO LEGAL | 128 |
| 6) CAUSAL DE CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN | 134 |
| 7) CAUSAL DE USO DE DROGAS O SUSTANCIAS QUE PUEDAN CAUSAR TOXICOMANIA | 139 |
| 8) CAUSAL DE ENFERMEDAD GRAVE DE TRASMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO | 142 |
| 9) CAUSAL DE HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO | 145 |
| 10) CAUSAL DE CONDENA POR DELITO DOLOSO MAYOR DE DOS AÑOS DESPUÉS DE CELEBRADO EL MATRIMONIO | 147 |
| 11) CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN | 151 |
| 12) CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO POR EL PLAZO LEGAL | 156 |
| 2.2.12.4. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO POR CAUSAL | 160 |
| 2.2.13. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y EL DIVORCIO ULTERIOR | 162 |
| 2.2.13.1. SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN VÍA JUDICIAL | 163 |

| | |
|---|-----|
| 2.2.14. DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL EN EL PERÚ | 165 |
| 2.2.14.1. REFLEXIONES ACERCA DE LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN LA VÍA NOTARIAL Y MUNICIPAL | 167 |
| A. Competencia | 168 |
| B. Requisitos de la solicitud | 168 |
| C. Anexos de la solicitud | 169 |
| D. Procedimiento | 170 |
| 2.2.15. DISTINCIÓN ENTRE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE CUERPOS | 171 |
| 2.2.16. DISTINCIÓN ENTRE DIVORCIO Y EL MATRIMONIO DECLARADO NULO | 172 |
| 2.2.17. EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL EN VÍA JUDICIAL | 172 |
| 2.2.17.1. COMPETENCIA PARA CONOCER EL PROCESO DE DIVORCIO | 172 |
| 2.2.17.2. LEGITIMACIÓN DEL DIVORCIO | 175 |
| 2.2.17.3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 178 |
| 2.2.17.4. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS EN LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSAL | 179 |
| 2.2.17.5. ANEXOS DE LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSAL | 180 |
| 2.2.17.6. ALEGACIÓN DE HECHOS NUEVOS EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 182 |
| 2.2.17.7. RECONVENCIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 183 |
| 2.2.17.8. IMPULSO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 186 |
| 2.2.17.9. VARIACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE DIVORCIO A LA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS | 186 |
| 2.2.17.10. LA ACUMULACIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 187 |
| A. ACUMULACIÓN ORIGINARIA DE PRETENSIONES ACCESORIAS EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 187 |

| | |
|---|-----|
| B. ACUMULACIÓN SUCESIVA DE PRETENSIONES ACCESORIAS EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 190 |
| 2.2.17.11. MEDIDAS CAUTELARES PROCEDENTES EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 192 |
| A. SEPARACIÓN PROVISIONAL DE LOS CÓNYUGES O ATRIBUCIÓN PROVISIONAL DEL HOGAR COMÚN | 198 |
| B. TENENCIA PROVISORIA DE LOS HIJOS | 205 |
| C. RÉGIMEN PROVISORIO DE VISITAS | 208 |
| D. PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISORIA | 209 |
| E. MEDIDAS PROVISIONALES DE CARÁCTER PATRIMONIAL | 210 |
| 2.2.17.12. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 213 |
| A. LA DECLARACIÓN DE PARTE O CONFESIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 218 |
| B. LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 221 |
| C. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 226 |
| D. LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 233 |
| 2.2.17.13. TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 234 |
| 2.2.17.14. MODOS EN QUE TERMINA EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL | 238 |
| A. FIN DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL DEBIDO A LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES | 241 |
| B. FIN DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL DEBIDO A LA RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES | 243 |
| C. FIN DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL DEBIDO A LA EXPEDICIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA | 259 |
| 1) Aspectos generales de la sentencia de divorcio | 259 |
| 2) Hechos a considerar en la sentencia de divorcio | 267 |
| 3) Facultad judicial de declarar la separación de cuerpos en vez del divorcio | 271 |
| 4) Consulta de la sentencia de divorcio | 272 |
| 5) Momento en que surte efecto la sentencia de divorcio | 275 |

| | |
|--|-----|
| 2.2.17.15. EFECTOS DEL DIVORCIO | 278 |
| A. EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACIÓN A LOS CÓNYUGES | 286 |
| B. EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACIÓN A LOS HIJOS | 296 |
| C. EFECTOS DEL DIVORCIO DE CARÁCTER PATRIMONIAL | 299 |
| D. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO | 304 |
| E. EFECTOS DEL DIVORCIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO | 310 |
| 2.2.18. LOS ALIMENTOS ENTRE EX CÓNYUGES | 316 |
| A. Definiciones | 316 |
| B. Obligación alimentaria entre ex cónyuges | 316 |
| C. Pensión de alimentos excepcionales | 318 |
| CAPÍTULO III | 319 |
| 3. MARCO OPERATIVO | 319 |
| 3.1. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES | 319 |
| 3.1.1. HIPÓTESIS GENERAL | 319 |
| 3.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS | 319 |
| 3.1.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1 | 319 |
| 3.1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2 | 319 |
| 3.1.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3 | 319 |
| 3.2. CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES | 320 |
| 3.3. DEFINICIONES OPERACIONALES | 321 |
| 3.4. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN | 322 |
| 3.4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN | 322 |
| 3.4.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN | 322 |
| 3.5. POBLACIÓN Y MUESTRA | 322 |
| 3.5.1. POBLACIÓN | 322 |
| 3.5.2. MUESTRA | 322 |
| 3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS | 323 |
| 3.6.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS | 323 |
| 3.6.2. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS | 323 |
| CAPÍTULO IV | 324 |
| 4. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS | 324 |

| | | |
|--------|----------------------------------|-----|
| 4.1. | DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO | 324 |
| 4.1.1. | PROCESAMIENTO DE DATOS | 324 |
| 4.2. | RESULTADOS DE LAS VARIABLES | 325 |
| 4.3. | COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS | 338 |
| 4.3.1. | HIPÓTESIS ESPECÍFICAS | 338 |
| 4.3.2. | HIPÓTESIS GENERAL | 340 |
| | CAPÍTULO V | 341 |
| | CONCLUSIONES | 341 |
| | RECOMENDACIONES | 342 |
| | ANEXOS | 343 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 365 |

Doy gracias a los docentes que ayudaron en mi formación profesional, sobre todo aquellos que en especial manera me ayudaron a introducirme aún más en la investigación científica.

*A mi madre desaparecida que a pesar de su
inmensa enfermedad, siempre me apoyó...*

*"Filosofar científicamente y encarar la ciencia
filosóficamente" / (Mario Bunge)*

INTRODUCCIÓN

En cumplimiento a las exigencias formales de la Universidad Privada de Tacna, presento a consideración de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas la investigación titulada: “EXCLUSIÓN, INCLUSIÓN Y LÍMITES ENTRE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN CUANTO AL CRITERIO INTERPRETATIVO PARA DECLARAR DISUELTO EL VÍNCULO MATRIMONIAL, TACNA, 2016”.

Esta tesis está desarrollada bajo la modalidad de investigación básica, con un diseño de descriptivo explicativo, la misma que trata de mostrar que entre las causales de divorcio existe el carácter de exclusión, inclusión y límites entre las mismas, lo cual favorece vínculos y se aprecia ambigüedad entre las causales; logrando afectar el criterio interpretativo y el principio de la tutela jurisdiccional efectiva.

Capítulo I: Describe el planteamiento del problema, el objeto de la investigación, la justificación, los objetivos y la hipótesis planteada en la investigación.

Capítulo II: Comprende el marco teórico conceptual, sobre la base de la variable, la cual es materia de la investigación.

Capítulo III: Muestra los resultados bajo procedimientos estadísticos, es decir la representación de gráficos, los mismo que han sido analizados y debidamente interpretados para dar paso a las conclusiones de la investigación. En suma, este capítulo hace referencia a lo que finalmente se encontró al término de la investigación; que significa realmente los resultados obtenidos. Señalando la relación existen entre los hechos observados y analizados, lo que es producto de la investigación.

Capítulo IV: Corresponde a las conclusiones, sugerencias, recomendaciones, que surgen de la investigación. Además de la propuesta final de esta investigación. Finalmente, se incluye en los anexos los instrumentos de recolección de datos usados en cada caso.

CAPÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las causales de divorcio expresadas en el Código Civil, que se encuentran reguladas en el Libro de Derecho de Familia, de la Sección Segunda (Sociedad Conyugal), en el Título IV (Decaimiento y Disolución del Vínculo), en su Capítulo I, que trata acerca de la Separación de Cuerpos, que por último en el artículo 333º (inc. 2º de la Ley N° 27495 publicada en el diario oficial El Peruano el 07/07/2001), el cual prescribe las causales que sirven tanto para la separación de cuerpos como para el divorcio (Art. 349º).

El divorcio el cual abordaremos, respecto del Código Civil del 1984, en el artículo mencionado anteriormente, del cual esta expresado en doce causales de divorcio (incisos del 1 al 12), con la excepción del inciso trece que está referido, a *“La separación convencional, después de transcurrido dos años de celebrado el matrimonio”*.

En lo que respecta al meollo del problema, partimos de que el divorcio es un problema social latente en el Perú, un aspecto es por que separa a la familia –se disuelve el vínculo matrimonial entre los consortes–, otro es porque luego de disuelto este vínculo (matrimonial) que los unió por años, existe el rezago de discordia entre los excónyuges, esto debido a que el problema radica entre alguna de las causales que enumera el Código Civil; a esto también se tiene que la ley toma un carácter sancionador, donde se establece un cónyuge culpable y un cónyuge inocente; atribuyéndole al cónyuge culpable, la causa del decaimiento de relación marital, así también el divorcio sanción contempla un carácter patrimonial, pues es, el cónyuge inocente, quien es resarcido patrimonialmente por la mala conducta del cónyuge culpable.

En nuestro sistema legislativo, en el derecho civil, propiamente la parte de derecho de familia, el divorcio enumera las causales por las cuales puede concederse el divorcio, es decir, que tiene un carácter punitivo, ya sea que el cónyuge culpable que con su conducta, se enmarca dentro de una de las causales de divorcio, de forma deliberada o no, es el responsable de disolver el vínculo matrimonial.

La casuística enumera diversos casos por los cuales ocurre el divorcio, en la mayoría de casos, ocurre la infidelidad, en otros casos, ocurre la forma insostenible de llevar la vida marital, ya sea por uso de la violencia en su aspecto físico y psicológico, o porque faltar a los deberes familiares en el aspecto económico, o tal vez por el desgaste de la unión conyugal –forma de la convivencia: alejamiento por causa del trabajo, falta de expresión afectiva, etcétera–, entre otros casos.

Yendo un poco más a lo específico del problema, tenemos que algunas causales de divorcio son muy ambiguas, pues en su definición no se enmarca bien el carácter del mismo, como así ocurre con la causal de violencia física y psicológica, donde esta causal en su aspecto psicológico, muy bien enmarca o engloba la injuria grave, o viceversa; es decir que existe nexos entre las mismas o que una contiene a la otra causal, tomando la misma causal (causal de violencia física y psicológica que el Juez apreciará según las circunstancias), podría muy bien agregarse la violencia contra los hijos menores de edad, variando su aspecto a una violencia familiar; tomando la anterior premisa, así también se puede agregar a la causal de atentado contra la vida del cónyuge, el atentado a la vida de los menores hijos –pues es insostenible, que quien violento contra los menores hijos o incluso atento contra la vida de los mimos, razonablemente no vaya a optar por la separación definitiva; así también tenemos el carácter limitativo de las causales de divorcio, donde la prueba es el aspecto fundamental, es así que en el adulterio solo se admite o se prueba tal

causal, con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial, y excepcionalmente con la partida de matrimonio celebrado en el extranjero, en resumen, esta causal (adulterio) se encuentra limitada por las pruebas antes mencionadas; pero a su vez puede agregarse como sugerencia la prueba del contagio de una Infección de Trasmisión Sexual (ITS), siendo así extensivo el alcance en cuanto a la prueba del adulterio.

Es necesario señalar que el problema planteado, podría servir como un punto de partida para analizar otros artículos relacionados con las causales de divorcio o el divorcio en sí, esto en lo referente al derecho de familia tratado en el Código Civil.

1.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

De todo lo mencionado, la investigación me propone inexorablemente plantearme la siguiente interrogante:

¿El carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio, determina el criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial, Tacna, 2016?

1.1.1. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- ¿Qué causales de divorcio tienen el carácter de excluyente, inclusivo y limitativo?
- ¿Cómo determina el criterio interpretativo en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial?
- ¿Cómo se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio, en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, inclusivo y limitativo?

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. OBJETIVO GENERAL

Demostrar cómo el carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio determina el criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Precisar qué causales de divorcio tienen el carácter de excluyente, inclusivo y limitativo.
- b) Mencionar cómo determina el criterio interpretativo en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial.
- c) Indicar cómo se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, inclusivo y limitativo.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO TEÓRICO GENERAL

La corriente que se trabajó en la siguiente tesis, es el Positivismo Jurídico, puesto que es una filosofía donde se incorporan los derechos fundamentales de la persona y la prevalencia de la Constitución como norma general; este sistema jurídico comprende un discernimiento del contenido de la norma, los cuales pueden depender de factores morales–sociales; dicho en otros términos los valores y principios, que figuran entre los posibles fundamentos que un sistema legal puede aceptar para determinar la existencia y el contenido de las leyes válidas.

En el marco de la corriente del derecho civil, se abraza la tesis divorcista en la doctrina del divorcio sanción, pues lo que se busca es la disolución del vínculo matrimonial, dar solución y asistir de manera eficaz, eficiente y justa a través de la norma jurídica, a aquellas personas o consortes que ya no quieren que prevalezca el lazo matrimonial por distintas razones, que quienes encuentren en el divorcio una solución al decaimiento o relajo de la vida marital.

2.2. MARCO TEÓRICO ESPECÍFICO: EL DIVORCIO

2.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DIVORCIO

A. El Divorcio en Derecho Romano Antiguo

ETIMOLOGÍA

El termino divorcio, expresamente contenía en el Digesto, era la derivación de la palabra *divortium* – *divortere* – *divertere*, que es la separación, el acudir en vías distintas, pero quizá el término “*divertere*” es más preciso al connotar que es el abandono de la vida en común y del domicilio conyugal.

CONCEPTO

“El divorcio romano consiste en suprimir, por iniciativa de uno o de ambos cónyuges, la comunidad de vida que el matrimonio implica, con plena conciencia de que ello se hace cesar el vínculo matrimonial interesante, como no señala el jurista Paulo en un texto recogido del Digesto”.¹

B. La Disolución del Matrimonio en Roma

Probablemente en la literatura de la antigua sociedad romana, se pueda considerar como la principal fuente de la institución del divorcio, es porque Cicerón en las conversaciones acerca del matrimonio como algo antiquísimo y misterioso, puesto que llevaba consigo la ruptura del vínculo matrimonial que había hecho un

¹ Lozano Corbi, Enrique [en línea], “La cusa más conflictiva de disolución del matrimonio: desde la antigua sociedad romana hasta el derecho justiniano”, año 1997, artículo alojado en la web, Zaragoza – España, disponible en la página web: <http://dialnet.unirioja.es> [fecha de consulta: 28/05/15], pág. 183

sacerdote ante los ojos de Dios; es así también que Plutarco, testimonia que existió en la ley del Rey Rómulo, la prohibición de divorcio a las mujeres, que para tal caso solo se le concedían a los hombres el derecho a repudiar a la cónyuge, en casos de envenenamiento de la prole, sustracción de las llaves o el adulterio.

En cuanto a la sustracción de llaves o hurto como se le conocía, era la prohibición de que las mujeres tomaran o bebieran vino, hecho más que suficiente para ser motivo de repudio. Lo cierto aquí es que el divorcio aparece como una libertad absoluta solo para el hombre.

Ahora en cuanto a la disolución del matrimonio Marta Morineau y Román Iglesias, comenta en el libro de Derecho Romano lo siguiente: “El matrimonio se podía disolver por diversas razones; por una lado a partir de la forma natural; es decir, por la muerte de uno de los cónyuges y, por otro, cuando existían determinadas causas para no seguir adelante en la unión marital.

Entre estas razones encontramos en primer término el *repudium*, o sea la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las partes no deseaba seguir unida a la otra, era una razón más que suficiente para que se disolviese el vínculo. Esta manera de terminar la relación marital fue muy frecuente a partir de las épocas de Augusto, sobre todo en los casos que no había hijos pero, lógicamente, respetando ciertas modalidades”.²

Asimismo Marta Morineau y Román Iglesias, precisan que cuando Justiniano subió al trono, existían ya cuatro clases de divorcio, que son las siguientes: ³

a) Divorcio por mutuo consentimiento

Es decir la decisión de los cónyuges de no continuar casados, aunque Justiniano no imponga sanciones a las personas que disuelven el vínculo matrimonial de esta manera como, por ejemplo, el no permitirles contraer nuevo matrimonio hasta que hubiese transcurrido determinado tiempo.

b) Divorcio por culpa de uno de los cónyuges

² Morineau Iduarte, Marta y Iglesias González, Román (1987), “Derecho Romano”, Tercera Edición, Universidad Autónoma de México, Editorial Harla S.A., México D.F. – México, págs. 67-68

³ Ídem.

O sea que uno de ellos alegue determinada conducta realizada por el otro, basándose en los casos expresamente señalados en la ley.

El marido podía invocar el adulterio de la mujer, el hecho de que esta concurriera a lugares públicos sin su consentimiento, o, hablara con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa podía repudiar al marido si este intentaba prostituirla, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de adulterio. Cualquiera de ellos podía alegar como causas de repudio, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición.

c) Divorcio por declaración unilateral

Y sin existir causa legal para la disolución del matrimonio, en cuyo caso, una vez reconocido el divorcio, se sancionaba al cónyuge que lo había promovido.

d) Divorcio “*bona gratia*”

Es decir, aquella separación que se fundaba en circunstancias que hiciesen inútil la continuidad del vínculo. Tal sería el caso de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas.

C. La Reacción Cristiana contra el Divorcio

Con la entrada del emperador cristiano Constantino, también se inicia un movimiento legislativo decididamente adverso al divorcio unilateral, en Roma.

“En el año 331, Constantino con una célebre Constitución imperial, que por las expresiones usadas y por las disposiciones en ella contenidas parece redactada no por la cancillería imperial, sino en ambiente eclesiástico cristiano, castiga gravemente al cónyuge que se divorcia unilateralmente fuera de tres *iustae causae*, taxativamente determinadas, y que son las siguientes”: ⁴

- Para la mujer:
 - a) Cuando el hombre sea un homicida.
 - b) Cuando el hombre sea un violador de sepulcros.
 - c) Cuando el hombre sea envenenador.

- Para el hombre:

⁴ Lozano Corbi, Enrique; op. cit., págs. 187-188

- a) Cuando la mujer sea adúltera.
- b) Cuando la mujer sea envenenadora.
- c) Cuando la mujer sea alcahueta.

D. Legislación del Emperador Justiniano

Fueron numerosas las disposiciones puestas por Justiniano contra el divorcio, es por ello que en el año 533, como conste en el Codex, fueron añadidas a las causas de la Constitución dada por el emperador Teodosio, otras causas de repudio para la mujer, como son el intento de aborto, el tomar un baño en caso de otros hombres o buscarse otro marido viviendo aun todavía con el primero.

Enrique Lozano acerca de las leyes en Roma, además afirma que se estableció en la novela 22 de Justiniano: "... que si no existía ni la dote, ni la donación nupcial, el cónyuge culpable debería remitir al otro, en plena propiedad si no había hijos, en usufructo si los había, reservando a estos la nula propiedad, a la cuarta parte de su patrimonio, sin que, no obstante, se pudiesen superar nunca la cifra de las cien libras de oro".⁵

2.2.1.1. NATURALEZA DEL DIVORCIO Y SUS ORIGENES

Explicar desde el punto de vista de la dogmática jurídica el significado de las instituciones propias del derecho, resulta un trabajo de sumo complicado y difícil, poner de manifiesto lo que esencialmente significa la palabra divorcio, que no es la excepción. Si partimos de que, para hablar del divorcio es necesario como antecedente la existencia de un matrimonio legalmente constituido, concluiremos que el divorcio es el único medio legal para disolver el vínculo matrimonial por causas expresas señaladas por la ley, en el caso peruano tenemos primero la separación de cuerpos y luego el divorcio propiamente dicho.

Entonces el divorcio es considerado en sí mismo como factor de disolución y disgregación familiar; constituye la causa de la descomposición del núcleo familiar, con todas sus negativas consecuencias.

⁵ Ibídem, pág. 190

Es la expresión de un fracaso porque los consortes no encontraron en el matrimonio lo que esperaban de él y por diversas circunstancias dejan de entenderse, amarse y respetarse hasta decidirse por la separación legal.

Desde el punto de vista político y social, se plantea la cuestión relativa a la necesidad de mantener la cohesión doméstica, a fin de lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares, según las costumbres, ideas morales y religiosas de cada pueblo. El Estado como representante máximo del poder social debe tener interés en el mantenimiento y salud de la célula o base social llamada "familia", tal parece que el divorcio contradice estas finalidades, pues en lugar de ser una institución de solidaridad, es un medio de desunión y si el Estado, por medio de sus leyes facilita el divorcio, contribuye con ello a la disgregación familiar y a la descomposición paulatina del cuerpo social.

Gramáticamente entendido como la acción o el efecto de divorciar o divorciarse. A su vez el divorcio significa según la Real Academia de la Lengua Española, "... dicho de un Juez competente. Disolver o separar por sentencia el matrimonio, con el cese efectivo de la convivencia conyugal, otro muy aparte menciona que es el separar, apartar las personas que vivían en estrecha relación o cosas que estaban o debían estar juntas; otro es lo dicho de una persona de obtener el divorcio legal de su cónyuge".⁶

Para Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, proscriben que "el divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo".⁷

Según María Leoba Castañeda Rivas,⁸ En lo anteriormente mencionado se encuentra que existe una necesaria absolución de que el divorcio es el

⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2001).

⁷ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía (1990), "Derecho de Familia y Sucesiones", Industria Editorial Mexicana – Harla S.A., México D.F. – México, pág. 147

⁸ Castañeda Rivas, María Leoba [En línea], "El Divorcio sin causa rompe la organización de la familia y desprotege a sus miembros", artículo alojado en la biblioteca virtual jurídica de la Universidad autónoma de México, año 2012, Instituto de investigación jurídica de la UNAM, Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr4.pdf> [Consulta el 30 de Julio de 2015], s.p.

rompimiento del matrimonio o simplemente dejar a los cónyuges de lado, esto se debe a que no cabe una definición precisa del divorcio por lo siguiente:

- a) No se expresa que debe existir la intención de un órgano jurisdiccional para que decreta el divorcio.
- b) Se excluye el elemento relativo a la intervención de un órgano competente para dictar la resolución que decreta el divorcio.
- c) Se omite expresar que se refiere a una forma de disolución del matrimonio en vida de los cónyuges.
- d) Se abstiene de manifestar que deben existir causas o razones por las cuales se solicita el divorcio o bien que dicha situación se da por el mutuo acuerdo entre los sujetos de dicha unión conyugal.

Siguiendo la breve reseña histórica acerca de la evolución del divorcio sin causa o el divorcio unilateral como se le conoce en la doctrina, tenemos:

A. En Egipto y Siria

Que inicialmente dieron origen a civilizaciones del occidente, es aquí donde se ponía de relieve que el varón podría repudiar a la mujer, haciéndolo público, pero lo que repudiaba necesariamente no tenía que tener alguna causa; así se puede poner por ejemplo al adulterio, la esterilidad, la torpeza misma de la mujer o la misma impudicia de la mujer.

B. En el Código Hammurabi y el Pueblo Hebreo

Es en la ley del Código Hammurabi que permitía el repudio del varón hacia la mujer sin causa; y en los judíos claramente se requería alguna formalidad, la cual era el “libelo de repudio”, que traducido, no era más que aquella escritura en la cual manifestaba el repudio hacia la mujer o cónyuge; y es así que esta formalidad servía de ley para los hebreos, porque se requería de un letrado quien era quien emitía el documento de repudio, así también este mismo daba la dote a la mujer y si se habían procreado hijos, se requerían las tierras en usufructo para la subsistencia de los mismos. Pero lo que ocurre es que las circunstancias de repudio no eran muy comunes entre los judíos.

C. En el Deuteronomio

Considerado un libro de leyes, el cual permitió a Moisés la libertad de Israel, de donde disertó el discurso al pueblo de Israel:

“Si un hombre toma a una mujer casándose con ella, y resulta que luego no le agrada porque ha hallado en ella algo vergonzoso, le escribirá un libelo de repudio, y entregándoselo en la mano, le despedirá de su casa. Y su salida de su casa, podrá casarse con otro marido. Si también el segundo marido concibe aversión en ella, y le escribe un libelo de repudio, y poniéndoselo en la mano la despide de su casa, o si muere el segundo marido que tomo por su mujer, después de haberse ella marchado; porque esto es abominable ante Yave...”⁹

D. En el Cristianismo

Estrictamente prohíbe el repudio, pues en un pasaje bíblico, los fariseos al preguntar a Jesús, si era ilícito repudiar o repeler a la mujer sin causa alguna, con esto refiriendo al repudio que profesaban los hebreos; a esto Jesús responde: “No leíste que quien creo desde el principio varón y hembra”, y dijo: “a causa de esto abandonara el hombre al padre y a la madre y serán los dos una sola carne...”¹⁰

Y entonces los fariseos, refiriendo a lo que dijo Moisés acerca del repudio, preguntaron entonces de dar libelo de repudio hacia la mujer y despedirla de la casa en común; y en tanto la respuesta de Jesús fue entonces: “Moisés, por vuestra dureza de corazón, os concibió el repudio a vuestras mujeres, más en el principio no fue así...”¹¹

Es de entonces afirmar que primigeniamente la figura del matrimonio era de carácter indisoluble, que para luego más tarde esta se convirtió en disoluble, al permitírsele al varón el repudio.

E. En el Derecho Musulmán

En la religión musulmana, la disolución del vínculo entre los cónyuges, es decir el divorcio era obligatorio para ambas partes, ya que había un mutuo consentimiento y una consensualidad retribuida para ambos.

F. En el Derecho Romano

Encontrando la tradición del derecho romano en todo el mundo y principalmente la evolución de este específicamente en los países con tradición legislativa escrita; es en Roma de donde el matrimonio podía disolverse por

⁹ Deuteronomio 24:15.

¹⁰ Génesis 2:4

¹¹ Ídem.

muerte de uno de los cónyuges, lo que el idioma latín era el *capitisdiminutio* (muerte civil: privación de los derechos de ciudad, familia o libertad), y de la misma que el matrimonio se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, también se estaba autorizado el divorcio, por causas que pudieran hacer inestable el mismo o se hiciera insoportable la vida en común.

El *repudium* era expresamente la declaración unilateral de no querer continuar el matrimonio, bastaba la sola manifestación para dar por concluido el vínculo conyugal que unía a los esposos, precisamente este tipo de disolución fue muy común en la época del emperador Augusto, y se hacía con mucha mayor razón si la pareja no tenía hijos en común.

Es así que el emperador Augusto de continuar fomentaba el divorcio con el fin de continuar que la base de la sociedad tenga realmente uniones fértiles, ya que el divorcio rompía con aquellas uniones que no podían seguir viviendo en común.

Otra forma de disolver el matrimonio era el mutuo consentimiento que llegan de común acuerdo los cónyuges, esto partiendo del criterio de que el matrimonio es acto de exclusividad voluntaria, y si esta es de común voluntaria, así también de voluntario debería ser el separarse uno del otro, esto siempre y cuando haya causas que dieron lugar para el divorcio.

Pero luego a la llegada del emperador Justiniano quien estrictamente prohíbe la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento sin causa justa alguna, es que se vislumbra posibilidades para el mismo divorcio, siendo esta la sentencia judicial o la declaración expresa de la autoridad misma, las cuales terminan en las siguientes hipótesis:

- a) Por mutuo consentimiento.
- b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- c) Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.
- d) La “*Bona gratia*”, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si basado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio.

De las causas antes mencionadas para dar trámite al divorcio, tácitamente no requerían de la autorización de la autoridad o de una sentencia judicial, hecho

que ubica estas formas disolución del matrimonio en especies de repudio o específicamente de una separación que dejaba vigente y vivo el vínculo matrimonial entre los cónyuges en común.

G. En la Edad Media y en el Derecho Canónico

Claramente en estas épocas, por la trascendencia de la religión cristiana, el divorcio atendía a un carácter de indisolubilidad, pero quizá existía una salvedad que solo se daba cuando existían situaciones insoportables para ambos consortes, la cual era el *divortiumquod fórum et emnsam, non quadvinculum*, que del latín traducido al castellano era el divorcio en cuanto a la cama, las dispensas por no haberse consumado el matrimonio en una cúpula.

Es tanto que durante esta época solo existía la separación de cuerpos, más no la ruptura total del vínculo matrimonial, pero el repudio si era una especie de divorcio unilateral, que se hacía sin intervención del juez o una autoridad misma.

H. En Derecho Francés (Código Civil de 1804)

Bajo el gobierno de Napoleón Bonaparte, precisamente se estableció el Código Civil del mundo entero, que era inspirado en compilaciones del derecho romano, con el agredo de los usos y costumbres del derecho francés, es por eso que este Código ha servido de base para los códigos de Europa y en adelante del mundo en general.

Ahora respecto de la trascendencia de la figura del divorcio en la Francia de los 1800, tiene que atender primero a la naturaleza jurídica del matrimonio como tal, es Francia lejanamente tiene una tradición religiosa católica, y por lo tanto el matrimonio tenía fundamento sacramental, y por lo tal también era indisoluble. Es el derecho de la iglesia quien regía el matrimonio, así como los contratos que se hacían bajo juramento a Dios. Es tanto así que en el matrimonio los bienes estaban protegidos en las siguientes características:

- La estabilidad, paz y seguridad personal, familiar y social. La seguridad de amor y afecto en la vejez.
- La educación, crecimiento armónico y estabilidad afectiva de los hijos. A veces, hasta su alimentación.

- La dignidad del cuerpo humano, para evitar convertirla en objeto de intercambio.
- El matrimonio protege incluso el amor, la comprensión y ayuda mutua entre los esposos. Así, la indisolubilidad del acto propicia la necesidad de esforzar a los cónyuges, poniéndose de acuerdo en cualquier malentendido, para lograr una mejor convivencia en su familia.

Posteriormente con las ideas de la **revolución francesa**,¹² vuelve a resucitar la institución del divorcio; esta es considerada como una consecuencia natural y necesaria de la Declaración de los Derechos del Hombre. Es en tanto que el mismo texto que esboza la constitución francesa de 1791, reconoce al matrimonio como un contrato civil, disoluble por lo tanto; propiciando incluso el divorcio en la vía notarial para que luego pudiesen contraer nuevo matrimonio en una municipalidad o gobernación de su ciudad.

Luego de varios debates, es en la Ley del 20 de setiembre de 1792, la que admite el principio de disolubilidad del matrimonio, lo cual necesariamente origina el divorcio. Así también se permite la separación por mutuo consentimiento o por la incompatibilidad de caracteres; es en tanto que este salto al gran cambio con respecto al matrimonio que era entendido en términos de afectividad, propician la reformulación del matrimonio como institución.

Al Código Civil Francés, se le adhieren también la figura de la separación de cuerpos, que mucho antes existía, que específicamente era para los ciudadanos cuyos dogmas morales y religiosos no se acomodaban estrictamente a la disolución del sacramento matrimonial, es por causa que si no se pueden tolerar más aun es imposible mantener la cohabitación entre los mismos.

Así como surge la figura del divorcio en la ley civil (Código Napoleónico), paralelamente durante la revolución francesa surge otra vía para el divorcio, la cual es la administrativa, que adecuado a una autoridad no jurisdiccional sino meramente administrativa, se podía disolver el matrimonio, solo para aquellos que hubieran regresado del campo de batalla, con el protegido de dar seguridad jurídica a los demás miembros de la familia.

¹² Otra consecuencia de la revolución, es que también inspiró en demasía a los encargados de crear el Código de Napoleón, en donde se instituyera la figura del divorcio, que en opiniones, quebrantaba la institución del matrimonio, en tanto a la separación de cuerpos fue suprimida, a fin de que los católicos tiendan al divorcio.

En unas constantes de idas y vueltas por causa de la legislación francesa, el divorcio se plasma en el Código Napoleónico en el año de 1804, para luego ser suprimido en 1816, que quizá una de las principales causas era el de dar estabilidad al matrimonio; pero es en el año de 1884, en donde el legislador francés restablece la figura del divorcio mediante una reforma, que para la opinión francesa atentaba contra institución familiar, pero fue la rapidez de la reforma dada la que prospero fortaleciendo el principio de la autoridad marital y paterna a la vez.

En lo que respecta al Código Napoleónico, en su título V y capítulo VII que prescribe acerca del matrimonio, nos acerca que el divorcio pronunciado por condena definitiva de uno de los cónyuges, una causal objetiva o también la muerte, fue abrogada por la ley del 31 de mayo de 1854.

Una de las primeras causales instituidas en el Código Napoleónico, está referida al adulterio, de que el esposo podía ser demandado en contra de la esposa; es esta causal apreciada si únicamente si el marido tuviera a la adúltera en la casa común de ambos. Para este caso en concreto, se logra resaltar alguna discriminación hacia la esposa, al dar como cierto que solo el marido podía demandar el adulterio. Entre otras causales también se tiene a la sevicia o injurias graves de uno para el otro, que para el caso podían ser demandadas recíprocamente tanto por el varón como la mujer; así también se tenía la condena de uno de los esposos a una pena establecida; otra es la separación de mutuo acuerdo, para las cuales se tenían que presentar pruebas establecidas por ley, para poder probar la vida insostenible.

En cuanto a lo que respecta al procedimiento del divorcio en el Código Civil francés, es muy tedioso y largo, ya que los plazos que se muestran son muy prolongados, pero cabe acordar que estos tienen una finalidad, el que es el propiciar una posible reconciliación en la pareja; llegando incluso a volver en cero el proceso de divorcio, pero si continuaba el litigio respecto del divorcio, estos tenían que ir acompañados de una persona de su entera confianza para que diera fe de la separación, en caso de que no asistiera, el divorcio no proseguía como tal; y con mucha mayor razón al decretarse luego el divorcio, recaían unas sanciones pecuniarias, que eran sumamente fuertes, hecho que fue una razón suficientes que el pueblo francés desistiera en algunos casos de divorciarse.

2.2.2. LAS LEYES DE DIVORCIO Y SUS CAUSAS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A. Inglaterra

Hernán Corral Talciani,¹³ acerca de la regulación del divorcio por causal en Inglaterra, releva que: “La actual regulación sobre el divorcio en Inglaterra fue introducida por la *Divorce Reform Act*, de 22 de octubre de 1969, que entro en vigor el 1º de enero de 1971. Sus normas fueron posteriormente incorporadas al Matrimonial Causes Act de 23 de mayo de 1973, en vigencia desde el 1º de enero de 1974.

El legislador ingles fue uno de los primeros en romper con el tradicional <divorcio sanción> o por culpa, para establecer la concepción del <divorcio remedio>. Lo hizo mediante un expediente técnico que como veremos, tendría seguidores: el establecimiento de una causa única de divorcio, determinada luego a través de la descripción de varias causas específicas.

En comparación con el Perú, es el divorcio por causal que recién se admite con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, que más bien no es netamente un divorcio causalista, sino más bien un divorcio mixto entre un divorcio remedio y un divorcio sanción, esto según como se inspira en la exposición de motivos del Código Civil.

Según Hernán Corral, agrega que: La Matromonial Causes Act de 1973 establece como causa única de divorcio <*irretrievable breakdown of marriage*>, esto es, la ruptura irremediable del hogar conyugal o la vida en común insoportable como también llaman los doctinarios en nuestra legislación.

Sin embargo la prueba la ruptura irremediable (*irretrievable breakdown of marriage*), solo puede obtenerse mediante hechos objetivamente establecidos en la ley, de los cuales a saber son:

1. El adulterio del demandado y el hecho de que el actor condire intolerable vivir con él;
2. La conducta del demandado que hace razonablemente el mantenimiento de la vida conyugal.
3. El abandono del actor por el demandado por un periodo mismo de dos años:

¹³ Corral Talciani, Hernán (2005) “Derechos y Derechos de la Familia”, Primera Edición, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima – Perú, págs. 135-165

4. La separación de hecho por un periodo mínimo de dos años cuando el demandado consiente en el divorcio; y
5. La separación de hecho de los cónyuges por una duración superior a cinco años si el demandado se opone al divorcio.

Según la ley, está estable que un tribunal no está obligado a declarar exclusivamente el divorcio aunque se hayan comprobado las causas específicas, y que además este puede rechazar la demanda si se considera que, no se ha producido una ruptura irremediable de la vida conyugal.

B. Estados Unidos

Acerca del panorama de la legislación sobre el divorcio en los Estados Unidos, es bastante semejante en la poca restricción de divorcio, que ha pasado a ser entendido como un derecho individual que no puede ser limitado por razones de carácter colectivo o social; es así que la Suprema Corte de los EE.UU. ha reconocido como un derecho constitucional el divorciarse y que además el derecho a casarse con las personas que se desee en lo sucesivo.

Además como el divorcio es estrictamente competencia del derecho estatal, así también no existe una uniformidad en la regulación de este. Pero de forma general se agrega que en el estado de California en 1969, se suprime el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, es pues que existe una inclinación al divorcio remedio y por más está decir que existe un rechazo a los criterios subjetivos que pudieran surgir.

Según los legisladores el divorcio solo podía darse cuando en el matrimonio era evidente que no podría seguir adelante y que además de todo lo dado no cabía en ningún momento la reconciliación.

Es con eso que el nuevo modelo de matrimonio se difundió rápidamente. Ya en 1985 en ninguno de los estados se mantenía el sistema de divorcio por culpa. Sin embargo en gran mayoría de los estado se mantenía una legislación mixta, en la que combinan causales fundadas en culpa con otras objetivas, como lo es el quiebre del matrimonio, la separación, la incompatibilidad o el mutuo consentimiento, que en nuestro país (Perú) es conocido como divorcio ulterior y separación convencional. En 20 estados se había abolido el divorcio por culpa; en la inmensa mayoría de las legislaciones estatales se permite el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio por voluntad unilateral sin ningún plazo de espera

significativo; a comparación de nuestra legislación en el cual se tienen que pasar dos años para que surta efecto el divorcio por mutuo acuerdo; es así también que en algunos estados federales de los EE.UU. el plazo era mayor a un año.

Es en tanto que el divorcio es entendido como un derecho individual, no cabe la posibilidad la posibilidad de restringirlo en consideración al perjuicio que puede surgir el otro cónyuge o los hijos comunes. Ninguna de las leyes estadounidenses prevé una cláusula que impida el divorcio en caso de que esta sea extremadamente duro de sobrellevar para otros (cláusula de dureza).

El panorama completado con los pocos resguardos económicos que se articulan para asegurar el sustento del cónyuge que soporta el divorcio, llega a afirmar que la regulación norteamericana exalta la libertad individual de las personas, para así poner término a un matrimonio aún más allá que el derecho europeo en general e incluso que la permisiva legislación sueca.

La forma concebida de divorcio en los Estados Unidos de Norteamérica, está más inclinado a una cultura del divorcio, ya que se caracteriza a esta institución no como una desunión familiar o como el quiebre de la relación, sino más bien como experiencia personal de expresión de un deseo de realización psicológica. Más bien que es el deseable remedio para un matrimonio fracasado; entonces el divorcio es una respuesta psicológica y terapéutica para la insatisfacción marital.

C. Italia

En los mismos años en que Inglaterra y el estado de California en los Estados Unidos, adoptaban en su legislación la doctrina del divorcio remedio, en Italia se suscitaba una gran polémica, en cuanto que el divorcio era absolutamente rechazado como causa de disolución del matrimonio.

Específicamente el divorcio fue instaurado el 1º de diciembre de 1970, N° 898, con el título llamado de "Disciplina de los casos de disolución del matrimonio", es entonces que aprobada la ley, directamente se somete a referéndum para su aceptación o no aprobación; que por consecuencia más tarde sería la vía de la aprobación del texto legal.

La cuestionada ley 898/70 ha sido modificada por la del 6 de marzo de 1987, N° 74, en términos generales, pretende dar mayor flexibilidad y rapidez a los procesos de divorcio. En tanto que el legislador italiano optó por seguir la misma ruta que adoptó

la ley inglesa en 1969; contemplando así, una causa única y genérica de diversos hechos, que como causa específica la concretizan.

La causa genérica está concebida en los siguientes términos: el juez está autorizado a declarar la disolución del matrimonio civil o la cesación misma de los efectos civiles del matrimonio religioso, que por causa enumerada en la ley, es imposible entre los cónyuges la mantención del hogar matrimonial.

Es entonces que la ley italiana es más breve en cuanto a las causas específicas, pues el artículo 3 del Código Civil enumera una lista de hechos que posibilitan alegar el divorcio. Pues se trata de una enumeración no ordenada y mucho menos sistémica, que según los doctrinarios de manera muy compleja intentan unificar la ratio que unifica las causas enumeradas.

Se pretende ofrecer una sistematización acabada, de donde las causas de divorcio se encaminan a tres grandes grupos: a) causales en la que existe un hecho imputable a uno de los cónyuges (divorcio por culpa); b) causas en las que se valora solo la existencia de una separación de cuerpos (divorcio por falta de convivencia); y c) causas que se refieren a otros casos marginales.

Divorcio por culpa, comprende:

- Divorcio fundado en condena criminal.
- Divorcio fundado en la simple comisión de un hecho punible.
- Divorcio fundado en la condena y falta de idoneidad.

Divorcio por falta de convivencia, comprende a tres supuestos de separación de cuerpos:

- Cuando se ha dictado sentencia de judicial de separación.
- Cuando hay separación convencional homologada (aprobada judicialmente).
- Cuando hay separación de hecho, pero solo si ha sido iniciada antes de los dos años anteriores a la vigencia de la ley (18 de diciembre de 1970).

El divorcio por otras causales marginales, son las siguientes:

- Si el otro cónyuge extranjero ha obtenido la anulación o la disolución del matrimonio o ha contraído en el extranjero nuevo matrimonio.
- Si el matrimonio no ha sido consumado.
- Si se ha dictado sentencia de rectificación de atribución del sexo según la ley de 14 abril 1982. Esta última causa fue agregada por la reforma de 1987.

D. Alemania

Al ser instaurado el divorcio en Alemania en el Código Civil de 1900, fue concebido bajo el principio de la culpa. La ley de Hitler (1938) en donde se reforma el matrimonio, que estrictamente estableció el divorcio por ruptura del hogar conyugal.

Estas ideas difundidas sobre el divorcio durante los años setenta, recubrieron cobijo en la “ley de reforma del matrimonio y de la familia”, es esta misma ley que por primera vez integro normas relativas al divorcio en el Código Civil, y a su vez este instituyo el régimen legal vigente, pero cabe que se introdujeron modificatorias breves a través de la ley de reforma dictada está en 1986.

Hoy en día el Código Civil alemán considera, la desunión profunda o ruptura, y más bien se rechaza el principio de culpabilidad, para configurar el cual se sigue la técnica de la casa única, para luego ser desglosadas en causas específicas. Entonces se admite de esta forma, el divorcio ante la ruptura del matrimonio; el vínculo matrimonial solo puede ser disuelto si el matrimonio ha fracasado, cuando la comunidad de vida entre los esposos no subsiste ni se puede esperar razonablemente que sea restablecida.

Las causales específicas que se nombran, son sumamente simples y que además estas están concebidas como presunciones de derecho de la ruptura del matrimonio, así tenemos:

- Se presume de derecho roto el matrimonio cuando los cónyuges han vivido separados por un año, si ambos solicitan el divorcio o la demanda de uno es aceptada por el otro. En este caso, los cónyuges deben someter a la aprobación judicial un proyecto de convenio que regule el ejercicio de la autoridad paterna sobre los hijos y las consecuencias económicas del divorcio.
- Se presume de derecho roto de matrimonio cuando los cónyuges viven separados por más de tres años, si el divorcio lo pide uno solo de ellos.

Sin embargo, en lo acotado anteriormente, se puede pedir el divorcio, sin esperar el mínimo legal de la separación, que es de un año, cuando la continuación del matrimonio imposibilidad de seguir manteniendo la relación conyugal, además de haber falta de respeto por parte del demandado.

E. Francia

Si bien es cierto, el divorcio es una institución antigua en este país, pues fue instaurada con gran amplitud por la ley de 20 de setiembre de 1792, dictada bajo los grandes ideales de la Revolución Francesa¹⁴, pero luego este es acogido con mucho mayor reparo en el *Code* de 1804. Desde allí ha pasado por diversas alternativas de abolición y legalización, restricción y liberación.

De ahí que el legislador francés entendió acoger también los principios del divorcio remedio, pero a la vez en paralelo a este principio acogió también el divorcio consensual y el divorcio por culpa. En tanto a esto, se diseñan tres grandes grupos de causas: a) consentimiento mutuo; b) ruptura de la vida común; y c) culpa de uno o de ambos cónyuges.

- Divorcio por consentimiento mutuo
- Divorcio por demanda conjunta.
- Divorcio por demanda aceptada.
- Divorcio por acuerdo logrado durante el juicio (sistema de la pasarela).

Divorcio por ruptura de la vida común

En este caso solo se presenta de dos maneras, una es la separación de cuerpos y enajenación mental. Basta, en consecuencia, la constatación de estos hechos y el transcurso de un plazo de espera para que se repute rota la vida conyugal.

- Divorcio por culpa
- Divorcio por culpa exclusiva.
- Divorcio por culpas compartidas: el divorcio *<aux torts partagés>*.

¹⁴ El divorcio era entendido como un ideal de libertad, que aún más animaba la revolución; es el divorcio la facultad de divorciarse, en tanto se considere como una libertad individual, que la razón incluye que un compromiso indisoluble solo conlleva a la ruina de los cónyuges.

2.2.3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ ACERCA DEL DIVORCIO

A. El Código Civil Peruano de 1852

Carmen Julia Cabello Matamala, disgrega que: “Dicho cuerpo legislativo no contemplaba el divorcio vincular, aunque nominalmente empleaba dicho termino para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos”.¹⁵

El art. 191, apreciaba que el divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial. Era en si el art. 192 el que expresaba taxativamente las trece causales, por las cuales podía obtenerse este divorcio – separación a saber:

1. El adulterio de la mujer.
2. El concubinato, o la incontinencia publica del marido.
3. La sevicia o el trato cruel.
4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
5. El ocio capital de uno de ellos, manifestado por frecuentes riñas graves o por graves injurias repetidas.
6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad.
7. Negar el marido los alimentos a la mujer.
8. Negarse a la mujer, sin graves y justas causas, a seguir a su marido.
9. Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.
10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.
11. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación.
12. Una enfermedad crónica o contagiosa.
13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

“Este Código, como es de verse, reflejaba la posición de los cuerpos legales que los habían inspirado, el Derecho Español y Canónico, que consagraban el matrimonio religioso con carácter monográfico e indisoluble, sustentándose para ello una actitud plenamente antidivorcista”.¹⁶

¹⁵ Cabello Matamala, Carmen Julia [En línea], “El Divorcio en el Derecho Peruano”, artículo alojado en la web, año 2009, Madrid - España, disponible en la página web: http://aulavirtual.upsjb.edu.pe/Downloadfile/Docente/divorcio_derecho%20peruano.pdf [fecha de consulta: 28/05/15], s.p.

¹⁶ Cabello Matamala, Carmen Julia (2009), op. cit. s.p.

Posteriormente agrega que se dieron leyes especiales, una específicamente en el año de 1897, que era el matrimonio civil para aquellos que no habían contraído matrimonio religioso, esto tal vez porque no profesaban la fe católica o en todo caso tenían una religión distinta, era solamente para estos, el que pudieran acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el concilio de Trento.

También en el año de 1930, mediante Decretos Leyes N°. 6889 y 6890, es que se establece el matrimonio civil para todos los peruanos que habitaran en el Estado, además de establecerse el divorcio absoluto, lo que significó que legalmente estuviera instituido tanto el matrimonio como el divorcio.

B. Código Civil de 1936

Julia Cabello importa que: “durante esos años, la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el Proyecto de lo sería el C.C. de 1936. Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio vincular; todo lo contrario, sustentaron una tesis negadora de él. Sin embargo, en junio de 1936 el Congreso Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las Leyes 7893 y 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el congreso Constituyente de 1931”.¹⁷

Es así que el Código Civil de 1936, se encamino más por una posición o tesis divorcista, muy distante quizá de quienes elaboraron el proyecto de reforma, ya que es el Ejecutivo quien impone la figura del divorcio vincular, que hoy lo conocemos como separación de hecho, y que además estas eran admitidas por causales expresamente señaladas en el art. 247 inc. 1º al 10º, y que además en el inciso 11º consentía el mutuo disenso como causal de separación de cuerpos con el efecto posterior del divorcio; así tenemos como tales a las siguientes:

1. El adultero.
2. La sevicia.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.

¹⁷ Ídem.

5. El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado dos años continuos.
6. La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio.
7. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
8. El uso habitual e injustificado de estupefacientes.
9. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
10. La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. El mutuo disenso, con arreglo a las disposiciones del título de terceros

C. Código Civil de 1984

“El Decreto Supremo N° 95 del 1° de marzo de 1965, estableció la Comisión que se encargaría del estudio y revisión de aquel Código. El Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien tuvo a su cargo la elaboración del anteproyecto del Libro de Familia, expreso en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la cual no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances, como se observara en el desarrollo de su normativa”.¹⁸

El Código Civil de 1984, estableció pues en el aspecto de litigio, diez causales en su artículo 333, que eran la razón por la cual se podía llegar al divorcio o el rompimiento del vínculo conyugal; estas son las siguientes:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el Juez apreciara según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos 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 pudieran general toxicomanía.
8. La enfermedad grave contraída después de la celebración del matrimonio.

¹⁸ ídem.

9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

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

“Las diferencias en cuanto al régimen anterior, se hallaban en el inciso 5º referido al abandono injustificado (antes llamado malicioso) de la casa conyugal, en tanto se admite que puede ser continuado, siempre que sumados los periodos de apartamiento estos excedan los dos años. Una causal que se introduce por la Comisión Revisora, incorpora expresamente en el inciso 9º a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio como motivo de divorcio, innovación que no representa, como algunos han sostenido, una mayor apertura divorcista, por cuanto, en la práctica, los Tribunales la consideraban incurso dentro de otra causal, la conducta deshonrosa. El inciso 10º vario su texto, distinguiendo claramente, a diferencia del anterior, la condena a pena privativa de la libertad mayor de dos años, por delito doloso excluyendo expresamente al delito culposo; del mismo modo, la norma del artículo 338 impide accionar por esta causal, cuando el delito fue conocido por el otro cónyuge antes de contraer matrimonio”.¹⁹

D. En la Ley 27495 (Modificaciones Introducidas)

La ley fue publicada en el diario oficial El Peruano el día 7 de julio de 2001, de donde introduce cambios someramente significativos para el régimen de divorcios en el Perú, que quizá la novedad más ostentosa la clara actitud divorcista en una concepción mixta.

“La causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos legal o de divorcio, en nuestra patria se remonta al año de 1931; posteriormente fue aprobada en la Cámara de Diputados; pero, no fue aprobada en la Cámara de Senadores. Igualmente en los últimos años no fue aprobada por el discutido anterior régimen y tampoco no fue promulgada por el Señor Ex Presidente Constitucional de la Republica Dr. Valentín Paniagua Corazao, motivo por el cual el Congreso de la Republica ordeno su publicación y cumplimiento”.²⁰

¹⁹ Ídem.

²⁰ Miranda Canales, Manuel (2005) “Nuevas Causales de la Separación de Cuerpos y del Divorcio Incorporados por la ley 27495”, artículo alojado en la web, [fecha de consulta: 28/05/15], Lima - Perú, disponible en el sitio virtual web: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4afa1c8046d4714aa21ca344013c2be7/nuevas_causal_es_separacion_cuerpos+C+4.+3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4afa1c8046d4714aa21ca344013c2be7>, pág. 3 – 4

“Las modificaciones se ubican en los numerales 4º referido a la injuria grave, en el cual se puntualiza que debe hacer insoportable la vida en común. En el inciso 7 que adiciona inexplicablemente la expresión salvo lo dispuesto por el art. 347. El inciso 8) que contempla la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, comprendiendo expresamente el SIDA como causal de separación de cuerpos y divorcio. Además de aquellas los cambios más saltantes y controvertidos se ubican en los incisos 11 que incorpora la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial y la causal 12 que prevé la separación de hecho de los cónyuges, las cuales se comentaran en apartado independiente”.²¹

Asimismo Carmen Julia Cabello consiente que la sociedad de gananciales, ha quedado fenecido, puesto que el artículo 319, toma distancia de los incisos 5 y 12 del artículo 333, los que se refieren al abandono injustificado del hogar conyugal y la separación de hecho, en las que para las relaciones de los cónyuges queda por terminado el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, hecho que ocurre desde la separación de hecho.

2.2.4. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

A. Definiciones

El Código Civil de 1984, promulgado por el Decreto Legislativo 295 el 27 de julio, establece en su libro de Derecho de Familia, en su artículo 348, la definición del divorcio, la cual se expresa que: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio”; a la sociedad conyugal en conjunto.

El Divorcio, según Estrada Cruz, “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 una de los cónyuges”.²²

Enrique Varsi, ensaya una definición más que sencilla acerca del divorcio, que en “Términos que han devenido en una formulación contemporánea para denominar

²¹ Cabello Matamala, Carmen Julia (2009), op. cit. s.p.

²² Citado por: Peralta Andía, Javier Rolando (1995), “Derecho de Familia en el Código Civil”, Editorial Idemsa, segunda edición, Lima – Perú, págs. 254 – 255.

el decaimiento/disolución de la vida comunitaria familiar generadora de la división del vínculo conyugal”.²³

Por su parte, Brenes Córdova 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”.²⁴

Para Eulogio Rolando Umpire, que expresa una acertada noción acerca del divorcio, “En sentido amplio, el 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 clasista”.²⁵

Asimismo Eulogio Rolando Umpire refiere en su tesis divorcista lo siguiente: “desde un punto de vista social no puede tener interés en mantener matrimonios destruidos, inexistentes en la práctica (...), el mantener unido a los cónyuges cuando el amor conyugal ha desaparecido es inmoral y perjudicial para la familia. El matrimonio pertenece al sentir o no al reflexionar, de ahí las leyes reguladoras de esta rama del derecho Civil sean observadas en tanto no vayan contra el sentimiento de los que deben observarla. No existe matrimonio alguno que, no requiriendo hacer vida en común, deje de separarse porque lo prohíba la ley civil”.²⁶

De todas las definiciones de los autores antes mencionados, se toma como punto de partida para ensayar una definición acerca del divorcio, la cual es que el divorcio constituye una institución jurídica del derecho de familia, en donde una o ambos cónyuges con arreglo a la ley, pueden acudir al órgano jurisdiccional correspondiente, a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial civil existente entre ambos, es decir la ruptura total del vínculo matrimonial que los unía y que pone fin a una comunidad conyugal autónoma.

B. Características

Para Enrique Varsi Rospigliosi, el divorcio como institución de derecho de familia tiene las siguientes características:²⁷

²³ Citado por Bermúdez Tapia, Manuel (2009), “Divorcio y Separación de Cuerpos”, Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L. Lima – Perú, pág. 19

²⁴ *Ibíd*em, pág. 255

²⁵ Umpire Nogales, Eulogio Rolando (2005), “El Divorcio y Sus Causales”, Editorial – Librería y Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, pág. 65

²⁶ *Ibíd*em, pág. 76 – 77

²⁷ Varsi Rospigliosi, Enrique (2012), “Tratado de Derecho de Familia”, Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú, pág. 320.

- Es una institución que no es promovida por el ordenamiento jurídico peruano, tomando en cuenta el principio de promoción y conservación del acto matrimonial. Así pues se establecen causales cerradas y taxativas en virtud de cuales se puede acceder a esta institución de familia.
- Implica la disolución jurídica definitiva del vínculo conyugal.
- Extingue el estado de familia conyugal.
- Genera un nuevo estado de familia: divorciado (a).
- Extingue la sociedad de gananciales.
- Cuando no hay acuerdo de voluntades debe establecerse una causal. Cuando hay acuerdo de voluntades la disolución del vínculo conyugal se obtiene de manera indirecta, luego de un periodo de separación de cuerpos.
- Respecto de la filiación genera el desdoblamiento de los elementos de la patria potestad como la tenencia y el régimen de visitas.

C. Consecuencias del Divorcio

Según Eulogio Rolando Umpire, acerca de las obligaciones alimentarias de los ex-cónyuges, concreta lo siguiente: “La regla es a partir del divorcio cesa la obligación alimentaria entre los ex-cónyuges. Subsiste la obligación en los siguientes casos: a) si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviese imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignara una pensión alimentaria no mayor de la tercera parte de la renta de aquel; b) El ex-cónyuge puede por causas graves pedir la capitalización de la pensión alimentaria y la entrega del capital correspondiente; c) El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiere dado motivos para el divorcio”.²⁸

Asimismo Carmen Julia Cabello, respecto del derecho alimentario entre los ex-cónyuges, menciona lo siguiente: “El ex-cónyuge que se encuentre en estado de indigencia, incluso aquel que le sea imputable el divorcio, podrá solicitar la prestación de alimentos a quien fue su consorte, medida razonable, por cuanto a pesar de lo acaecido no pueden ser indiferentes a la miseria que padezca uno de ellos”.²⁹

Para Enrique Varsi Rospigliosi, en la configuración de las excepciones al cese de la obligación alimentaria entre cónyuges, dice: “Que, el artículo 350º del Código

²⁸ *Ibíd*em, págs. 97-98

²⁹ Cabello, Carmen Julia (1995), “Divorcio y Jurisprudencia en el Perú”, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, primera edición, Lima – Perú, pág. 414

Civil, denunciado por la accionante en su recurso de casación establece como regla general que el divorcio pone fin a la relación alimentaria existente entre los cónyuges, constituyendo excepciones a dicha regla los supuestos contenidos en el segundo y cuarto párrafo de la norma acotada (...). Que, no se configura la primera de ellas cuando el que solicita alimentos es el cónyuge culpable, ni la segunda (como en el caso de autos) cuando la instancia de mérito ha concluido que no se ha acreditado que la solicitante se encuentre en estado de indigencia ni en estado de necesidad, no siendo materia de casación el reexamen probatorio sobre tal conclusión”; (Casación N° 2119-2005-Lambayeque, El Peruano, 2 de octubre de 2006).³⁰

En mérito a lo mencionado por el profesor Enrique Varsi Rospigliosi, de donde la obligación alimentaria entre los cónyuges, cesa al momento de darse el divorcio, pero que este refiere que existe una excepción a la regla, la cual está contemplada en el artículo 350° del Código Civil, en donde la instancia ha concluido con resolución definitiva, el cónyuge culpable o en todo caso ha dado motivos para el divorcio, puede pedir alimentos siempre y cuando haya acreditado el estado de insolvencia, necesidad o indigencia.

Varsi Rospigliosi, refiere también en otra casación acerca de los alimentos para el cónyuge indigente lo siguiente: “Que el cuarto párrafo del ya citado artículo 350° del código material, cuya inaplicación se denuncia, constituye una segunda excepción a la regla general (fin de la relación alimentaria, a causa del divorcio), que preceptúa que el indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio; sin embargo, la sentencia impugnada no concluye que la recurrente se encuentre en estado de indigencia ni en estado de necesidad que haga vigente la relación alimentaria, por consiguiente no cabe alegarse que la norma acotada se haya inaplicado, salvo que se busque reexamen probatorio de este extremo, lo cual no cabe hacerse en sede casatoria por no constituir su finalidad”; (Casación N° 1673-96-Lima, 30 de abril de 1998).³¹

También Manuel Bermúdez, en la jurisprudencia anteriormente mencionada, comenta, “Que uno de los efectos del divorcio radica en la incidencia que tiene en la relación alimentaria que el matrimonio hizo surgir entre los cónyuges; en tal sentido el Código Civil establece como regla general explícita que el divorcio pone fin a la relación alimentaria, tal como regula el primer párrafo del artículo 350° del

³⁰ Varsi Rospigliosi, Enrique (2007), “Divorcio y Separación de Cuerpos”, Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L. Lima – Perú, págs. 16-17

³¹ *Ibíd*em, pág. 17

acotado texto civil (...). Que sin embargo, dicha regla contiene excepciones en las cuales la relación alimentaria puede subsistir y precisamente el segundo párrafo de la norma antes citada constituye una excepción, cuya aplicación indebida se denuncia en la recurrida; la misma que preceptúa que si se declara el divorcio por culpa de una de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviese imposibilitado para trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio se le asignara una pensión alimentaria que no exceda de la tercera parte de la renta del obligado (...). Que la resolución recurrida, ponderando la prueba pertinente considera que el divorcio ocurrido entre las partes en virtud de la Ejecutoria Suprema de fecha 15 de agosto de 1997, fue declarado por culpa de la recurrente, por ende, concluye que la impugnante no siendo inocente no tiene el derecho a percibir alimentos cuando estuviera en los supuestos referidos en el aludido segundo párrafo del artículo 350º del código sustantivo; que siendo así, la recurrida, propiamente está descartado la posibilidad fáctica y jurídica de aplicar al caso concreto una de las excepciones de seguir prestando alimentos, aun cuando esta disuelto el vínculo matrimonial como efecto del divorcio”.³²

Como lo comenta Manuel Bermúdez, que una de las consecuencias del divorcio, o dicho de otra forma la disolución del vínculo conyugal, es el cese inmediato de la relación alimentaria entre ambos ex cónyuges, esto siempre y cuando no existan menores hijos de por medio; pero en el caso de que no hubiesen procreado hijo alguno, la relación alimenticia entre los ex esposos desaparece con el solo hecho de poner fin a la relación marital; pero quizá existe una excepción a la regla, ya que el artículo 350 del C.C. lo establece como tal, esto es siempre y cuando el ex consorte haya caído en indigencia, o no tenga los medios necesarios para subvenir sus propias necesidades; en ese caso el ex cónyuge en una tendrá que brindar una pensión alimenticia fijado por el juez, aun cuando este no haya sido causante del divorcio.

En otra Casación referida por Manuel Bermúdez, acerca de la relación alimentaria entre ex cónyuges (Casación N° 2119-2005-Lambayeque, El Peruano, 2 de octubre de 2006), dice lo siguiente: “Que el artículo 350º del Código Civil, denunciado por la accionante en su recurso de casación establece como regla general que el divorcio pone fin a la regla alimentaria entre los cónyuges, constituyendo excepciones a dicha regla los supuestos contenidos en el segundo y cuarto párrafo de la norma acotada (...), que no se configura la primera de ellas cuando el que

³² Bermúdez Tapia, Manuel, op. cit., pág. 47

solicita alimentos es el cónyuge culpable, ni la segunda (como el en el caso de autos) cuando la instancia de mérito ha concluido que no se ha acreditado que la solicitante se encuentre en estado de indigencia ni en estado de necesidad, no siendo merita de casación el reexamen probatorio sobre tal conclusión”.³³

D. Efectos del Divorcio

Según Puig Peña: “Son efectos del divorcio, la extinción de todos los derechos y obligaciones que emanan del vínculo conyugal (perdida de honores, extinción de los deberes de fidelidad, obediencia y respeto...) y la libertad de los cónyuges para contraer nuevo matrimonio...”³⁴

En lo que refiere a los cónyuges, Enrique Varsi Rospigliosi,³⁵ agrega lo siguiente: Disolución, la ruptura, la extinción del vínculo matrimonial;

- Cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque pueda subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades;
- Causal de extinción de régimen de sociedad de gananciales;
- Perdida por el cónyuge culpable de los gananciales que proceden de los bienes del inocente;
- Provoca la extinción de la vocación hereditaria entre ellos;
- Posibilita que el cónyuge inocente exija una indemnización por el daño moral. Así pues, la indemnización del daño moral al cónyuge inocente solo resultara amparable cuando exista daño moral resarcible, producto del menoscabo de los intereses jurídicos del cónyuge inocente en su esfera de derechos de la personalidad, ocasionados por las acciones o conductas atribuibles al cónyuge culpable del divorcio, a la luz del artículo 351 del Código Civil.³⁶
- Desaparece el parentesco de afinidad entre cónyuges y los parientes consanguíneos del otro, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 237 del Código Civil, lo dicho no rige para el parentesco en línea recta (suegros y otros ascendientes, y descendientes del cónyuge). También subsiste la afinidad colateral de segundo grado (cuñados y cuñadas) y esta última se mantiene hasta el fallecimiento del ex cónyuge.

³³ *Ibíd*em, pág. 48

³⁴ Citado por: Jara, Rebeca S. y Gallegos, Yolanda (2012), “Manual de Derecho de Familia”, Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú, pág. 261

³⁵ Varsi Rospigliosi, Enrique (2012), *op. cit.*, pág. 320

³⁶ En el caso brasileño los daños morales deben buscarse en acción independiente, completamente desconectada de la demanda de divorcio.

- El derecho de la mujer de llevar y conservar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio, si así lo hubiese hecho al casarse, de conformidad con el artículo 24 del Código Civil.

Todo acto jurídico genera consecuencias, no es la excepción el divorcio el cual una vez declarado genera unos efectos que se encuentran consagrados en el código civil; los efectos del divorcio se decretan o quedan firmes en una *sentencia ejecutoriada, donde queda disuelto el vínculo en el matrimonio civil y cesan los efectos civiles del matrimonio.*

Santiago Herrera señala en cuanto a los efectos que produce el divorcio lo siguiente: *“Conforme lo señala el artículo 350 del Código Civil por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los ex cónyuges. Sin embargo, dicha disposición legal tiene sus exposiciones al establecer que si el divorcio es declarado por culpa de uno de los cónyuges, el cónyuge inocente tiene el derecho a percibir alimentos, los mismos que serán fijados por el Juez sin que exceda de la tercera parte de la renta del obligado, para lo cual es indispensable que ocurra alguno de los siguientes casos”*.³⁷

1. Que carezca de bienes propios o de gananciales suficientes;
2. Que este imposibilitado de trabajar;
3. Que no pueda subvenir a sus necesidades por otro medio. Aun en el caso de haber dado motivos para el divorcio el cónyuge indigente puede solicitar alimentos a su ex consorte. Esta excepción se justifica por el estado de necesidad, por lo que al desaparecer dicho estado, no tendría lugar a la obligación.

El divorcio produce dos clases de efectos: a) de carácter provisional y b) de carácter definitivo.

Para José Rubén Taramona, “en cuanto a los cónyuges, produce la disolución del vínculo matrimonial; la cesación de la administración de bienes comunes; la liquidación de los gananciales; la readquisición de la capacidad matrimonial de los cónyuges para la celebración de nuevo matrimonio; la devolución de las donaciones

³⁷ Herrera Navarro, Santiago (1997), “El Proceso de Divorcio”, Marisol Perú Editores S.A., Primera Edición, Trujillo – Perú, pág. 37

efectuadas; la mujer requiere la plena capacidad de ejercicio, que con el hecho del matrimonio estuvo limitada”.³⁸

(...) Después de pronunciada la sentencia que ha fijado una pensión alimenticia en el juicio de divorcio en favor de la cónyuge inocente como establece el Art. 350° del C.C. esa pensión subsistirá aun en el caso de que la mujer haya sido culpable para el divorcio si esta resulta indigente, según, dispone el artículo 350°, párrafo 4°.

Si dentro del juicio de divorcio, no se solicitó alimentos, el cónyuge inocente puede hacerlo después de la declaración del divorcio, como socorro necesario para su subsistencia de acuerdo con lo establecido por el artículo 350° C.C.

2.2.5. REFLEXIONES EN TORNO AL SISTEMA DIVORCISTA PERUANO

“La ley 27495, de inspiración fuertemente divorcista, no obstante autosumillarse, «*Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio*», y que parecería denotar la intención de otorgarle carácter transitorio a la separación de cuerpos, no desarrolla tal propuesta, insistiendo en mantener el catálogo de causales como causas de separación de cuerpos y por remisión del art. 349 igualmente como de divorcio, sigue por tanto siendo el cónyuge demandante dueño de su causal, no habiéndose alterado efectivamente el tratamiento del proceso de conversión de separación de cuerpos a divorcio, por lo que, a pesar de las modificaciones el régimen legal nacional viene equiparando la separación de cuerpos y el divorcio como estados alternativos y autónomos, excepto en la separación convencional y en la causal de separación de hecho en parte, en las que al no distinguir responsables, posibilita el impulso de la acción por cualquiera de los cónyuges”.³⁹

El marco normativo prevé que la separación de cuerpos puede ser demandada por cualquiera de las doce causales previstas en el Art. 333° del Código Civil, numerales 1 al 12. Acreditados los requerimientos de la causal, la sentencia que se dicte en dichos casos mantiene vigente el vínculo matrimonial, lo que hace es declarar la separación de los cónyuges, suspendiendo los deberes de mesa, lecho y habitación, no afectando la obligación alimentaria que se deben recíprocamente.

³⁸ Taramona H., José Rubén (1988), “Derecho de Familia: Manual Teórico – Práctico del Juicio de Divorcio y Separación de Cuerpos, Jamse Editores, Segunda Edición, Lima – Perú, pág. 132

³⁹ Cabello Matamala, Carmen Julia (2009), op. cit. s.p.

Por la separación de cuerpos fenece el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

“Asimismo, la separación de cuerpos puede ser solicitada convencionalmente (inc.13° del Art. 333° del C.C.). Se requiere para ello el pedido de ambos cónyuges, y que hayan transcurrido por lo menos dos años de celebrado el matrimonio. En el caso del divorcio se accede a éste directamente, mediante una demanda de divorcio absoluto, para lo cual deberá invocarse cualquiera de las doce causales ya acotadas. Acreditada cualquiera de éstas, la sentencia disuelve de manera inmediata y total el vínculo matrimonial. Una forma mediata de obtener el divorcio es solicitar una vez transcurrido dos meses de la declaración de la separación de cuerpos la conversión a divorcio, derecho que puede ejercer cualquiera de los cónyuges en el caso de separación convencional y de la causal de separación de hecho, similar derecho corresponderá al inocente en las demás causales”.⁴⁰

2.2.6. PORQUÉ SE SEPARAN LOS MATRIMONIOS

Según Arturo Roizblatt. “Es difícil señalar razones específicas por las cuales los matrimonios se separan y, más aun, porque esta situación se da cada vez con mayor frecuencia, ya que en ello existen influencias individuales, familiares, de la pareja, de la cultura y de la religión, entre otros muchos factores. De hecho, a través del tiempo las causales parecen ser distintas. Hace unos treinta años, una de las razones más frecuentes era lo que se denominaba <incompatibilidad de caracteres>. Luego, lo que más se escucho fue <falta de comunicación>, mientras que en los últimos tiempos, la explicación más recurrente es <lo deje de amar>.

En un estudio de Lavner (2012), se concluye que la separación de matrimonios que llevan pocos años de casados se relacionan particularmente con problemas de comunicación, con la dificultad para expresar emociones en forma satisfactoria y la falta de apoyo social. Para los autores, las razones de la separación de matrimonios más jóvenes se relacionan con dificultades con la familia extensa o con problemas sexuales. Los matrimonios mayores, en cambio, que se separan en menor cantidad, hacen más referencia a cambios de intereses y valores, en el sentido de la vida o en la concepción de la familia como situación de fondo. Cuando los hijos ya no viven en la casa y se presenta el <síndrome de nido vacío>, hay matrimonios que

⁴⁰ Ídem.

consideran que su misión ya terminó y se sienten libres para buscar una nueva pareja que satisfaga sus carencias”.⁴¹

Son razones suficientes las que deslindan el por qué los matrimonios se separan hay que agregarle quizá, lo que sucede en la realidad peruana, ya que existen variados casos en que los matrimonios se ponen fin por el divorcio, y no específicamente por separación convencional y sino más bien por el divorcio por causal, en donde existe un cónyuge culpable y un cónyuge inocente, dicho sea de paso es el cónyuge culpable quien trae las desavenencias al matrimonio y la única solución posible en el divorcio sanción es el divorcio.

2.2.7. PANORAMA DE LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO Y SU FLEXIBILIZACIÓN EN EL PERÚ

La evolución del divorcio no es más que aquello que ha llevado, a instituir esta figura jurídica en el libro de familia, como un derecho que les asiste a los cónyuges de poder resolver el contrato de divorcio, claro está que este no conlleva un fin lícito, y visto así entonces desprendiéndose de la tesis tanto divorcista como antidivorcista; comprendiéndose a la divorcista como aquel derecho que pone fin a la unión entre consortes ya sea por causales contenidas en la ley o de puro derecho; en cambio la tesis antidivorcista estudia más a la indisolubilidad del matrimonio, puesto que uno de los argumentos centrales se encuentra en una vasta tradición religiosa y en el inescrutable sentido de que no se puede permitir que este mismo se convierta en un fenómeno y rompa las buenas costumbres y más aún la institución del matrimonio mismo.

Marisol Fernández Revoredo, considera que “históricamente hemos transitado de una legislación antivorcista, que se materializa a través del principio de indisolubilidad del matrimonio característico del derecho canónico, una que fue aceptando la disolución del vínculo matrimonial, primero solo mediante causales básicamente culposas para luego, con el tiempo, ir flexibilizándose y adoptar causales objetivas, que encajan más bien en lo que se conoce como un sistema de *divorcio remedio*”.⁴² Este tránsito histórico es resumido por Carmen Julia Cabello.

⁴¹ Roizblatt, Arturo [En línea], “Divorcio y Familia – Antes, Durante y Después”, artículo alojado en la biblioteca virtual E-Libro, año 2013, Editorial RIL Editores, pág. 21, Disponible: <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauptsp/reader.action?docID=10862077> [Consulta el 28 de Junio de 2015]

⁴² Fernández Revoredo, Marisol (2013), “Manual de Derecho de Familia”, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, primera edición, Lima – Perú, pág. 251

“El Código Civil peruano de 1852 no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho termino para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos (...).”⁴³

En un comienzo, recorriendo un poco la historia existía un divorcio repudio, que era más que decir al cónyuge, la expresión “yo te repudio” frente al público (plaza), y con eso bastaba para dar por resuelto el matrimonio, o dicho de otra manera era dar fin a una matrimonio fracasado; pero siguiendo la evolución de esta instituta, acaecería en un divorcio sanción, que no es otra cosa que la falta que cumplía una de los cónyuges al matrimonio, y para el caso de la época, era más el varón quien faltaba al matrimonio, y por lo tanto era declarado culpable por dar motivos, siendo la sanción el divorcio; pero la flexibilización del divorcio remedio que anuncia Marisol Fernández Revoredo, es aquel que se tipifica no específicamente en una causal legal que pone fin a la relación conyugal, sino más es la resolución judicial que pone remedio al fracaso y conflicto matrimonial.

“Este Código, es como es de verse, reflejaba la posición de los cuerpos legales que lo habían inspirado, el derecho español y canónico, que consagraban el matrimonio religioso con carácter monógamo e indisoluble, sustentándose para ello una actitud plenamente antidivorcista. Posteriormente, en diciembre de 1897, se establece el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquellos que no profesan la religión católica pudieran contraer matrimonio, sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio de Trento (...) en 1930 y mediante las leyes 689 y 6890 del 4 y 8 de octubre de ese año, es que se establece el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la república, introduciéndose además el divorcio absoluto en nuestra legislación, lo que significó para entonces la sunción de una alternativa legal de avanzada, (...).”⁴⁴

Como comenta Marisol Fernández, el día 22 de mayo de 1934, se promulgó la ley 7893, por el cual el mutuo disenso fue comprendido como una causal legal más de divorcio.

En tanto, durante los años siguientes, la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el proyecto de lo que sería el C.C. (Código Civil) de 1936. Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio vincular, lo que hoy conocemos como separación de cuerpos; sino todo lo contrario, sustentan una tesis negadora de él. Sin embargo, en 1936, mediante decreto el Poder Ejecutivo,

⁴³ Citado por: Fernández Revoredo, Marisol (2013), op. cit., pág. 251

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 252

autorizando la promulgación de dicho código, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las distintas disposiciones legales dictadas por el Congreso Constituyente de 1931, leyes como la 7893 y la 7894, entre muchas otras.

“Como puede apreciarse, el Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia antidivorcista, ajena a la voluntad de quienes lo prepararon pero presente por imposición del Ejecutivo de ese momento; admitía el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el artículo 247 incisos 1 al 9 de carácter específico, aunque además consentía el mutuo disenso como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión a divorcio”.⁴⁵

2.2.8. LOS MODELOS LEGISLATIVOS SOBRE EL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Mizrahi analiza que: “En la legislación comparada encontramos que el divorcio es regulado en algunos casos como expresión de causa y, en otros, sin ella”.⁴⁶ En el ordenamiento peruano, el divorcio es “causado” y, en ese contexto, las causales que se encuentran en el artículo 333 del Código Civil responden unas al modelo de divorcio sanción y otras, al divorcio remedio. Es por ello que nuestro sistema es definido como de naturaleza mixta.

“Cabe resaltar que tradicionalmente ha existido una preponderancia del modelo sanción; sin embargo, paulatinamente, se ha intentado equilibrar la balanza con la incorporación de causales donde la culpa no es relevante, sino más bien situaciones objetivas que llevan a un quiebre de la unión matrimonial”.⁴⁷

Se entiende por una concepción mixta de la naturaleza del divorcio, a la aplicación de ambas figuras tanto el divorcio sanción como el divorcio remedio, en un paralelo justo y centrado sin que una sobresalga a la otra, puesto que por un lado las causales son motivos objetivos para dar por resultado la unión matrimonial, y por otro lado son las mismas partes quienes a través de una separación convencional ponen fin a la misma.

⁴⁵ *Ibíd*em, págs. 252-253

⁴⁶ Citado por: Fernández Revoredo, Marisol (2013), *op. cit.*, pág. 252

⁴⁷ *Ídem*.

A. Divorcio Sanción

Eulogio Rolando Umpire, manifiesta que: “La concepción del divorcio como sanción, está muy enraizada en la idea misma de la disolución del vínculo conyugal. Sus orígenes son muy remotos, siendo en Constantinopla y bajo la influencia del cristianismo donde se conceptualiza en el ámbito de las relaciones jurídicas. Desprendida la idea de –pecado– (predominante en aquellos tiempos). Así todas las actividades dirigidas contra la familia y el orden social serían calificadas como atentatoria contra Dios. Instituyéndose causas pecado impensables en el Derecho Romano clásico (donde la ausencia de “*affetomaritalis*” ponía fin a la unión conyugal), tales como: la lujuria”.⁴⁸

Sin embargo Ramos Núñez, nos refiere: “El derecho liberal se formuló la concepción del divorcio-subjetivo, fluctuando para ello entre las antinomias propias del sistema: libertad y seguridad. Los sujetos, en la medida, que el núcleo familiar resultaba decisivo para el funcionamiento y reproducción de la sociedad, se ven limitados de apelar al divorcio con cualquier pretexto. Es necesario que las causales atiendan a pautas de índole moral, con las cuales invocas el divorcio en circunstancias excepcionalmente graves. Se aprueba la dispensa del vínculo pero se responsabiliza al culpable, quien recibe una condena ante la trasgresión de sus obligaciones, en términos semejantes como sanción al deudor moroso por el incumplimiento de una cláusula de contenido patrimonial. Solución lógica para el Derecho liberal que ha asimilado el matrimonio a la idea de contrato”.⁴⁹

Zannoni, refiere acerca del divorcio sanción como la culpabilidad de alguno de los cónyuges que: “La concepción decimonónica del divorcio sanción responde a la pregunta: ¿Cuál es la causa del conflicto conyugal?, mientras que la concepción de divorcio –remedio, responde a esta otra: ¿Debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio?– Este diferente modo de preguntar por las causas nos recuerda en cierta forma la contraposición entre los factores de atribución subjetivos y los objetivos de responsabilidad civil. Se trata en suma, de establecer si el divorcio se basa en una atribución de responsabilidad subjetiva en razón de dolo o de culpa, o si se basa en una atribución objetiva en razón de conflicto conyugal mismo–”.⁵⁰

Carbonier en su Tomo II, de Derecho Civil, expresa que: “En el divorcio por culpa de uno de los cónyuges (divorcio – sanción). El esposo inocente tiene un interés

⁴⁸ Umpire Nogales, Eulogio Rolando, op. cit., pág. 103

⁴⁹ Citado por: Umpire Nogales, Eulogio Rolando, op. cit., págs. 103-104

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 104

legítimo en dejar establecida en justicia su inocencia y como consecuencia, la culpabilidad del otro, mejor que dejarse envolver en un divorcio moralmente indiferente, de donde el público extraerá la sospecha de que ambos son más o menos culpables”.⁵¹

El profesor Enrique Varsi, comenta y compara acerca del subtítulo en mención: “En el divorcio sanción se busca al culpable y se aplica sanciones, castigándolo. En Brasil no se hablaba de divorcio-sanción sino en la separación-sanción que estaba prevista en el artículo 1572 del Código Civil estableciendo que cualquiera de los cónyuges puede interponer la acción de separación, apuntando al otro el acto que configure graves violaciones de los deberes del matrimonio y han tornado en insoportable la vida en común. En Brasil no existe más discusión de culpa para disolución del matrimonio, así no existe “castigos” para el cónyuge culpable”.⁵²

Sobre este tema, Mizrahi sostiene que:

“El divorcio sanción responde a la concepción vigente entre las leyes del siglo XIX que recepcionaron los principios básicos del derecho canónico; la institución de un matrimonio con espíritu de perpetuidad, en el cual el divorcio solo es admitido por las legislaciones laicas con un riguroso criterio excepcional y como sanción al cónyuge que ha incurrido en conductas reprochables por el ordenamiento, calificada como hechos ilícitos”.⁵³

Por su parte, Huaita señala que:

“El llamado divorcio sanción responde a la pregunta de cuál es la causa de divorcio y por lo tanto supone que hay un esposo culpable, que cometió algún hecho ilícito por el cual hay que sancionarlo, mientras que el otro cónyuge es la víctima inocente de dicha mala acción. En esta concepción se considera que hay una razón única o por lo menos principal por la cual la vida en común se hace insoportable, de ahí que se hacen listados de causales para facilitar al juez la ameritación de los hechos”.⁵⁴

Asimismo la sanción al cónyuge culpable se da tanto en el aspecto personal, como patrimonial:

- Si el marido se rigió por la sociedad de gananciales, el culpable pierde los frutos y productos que provienen de los bienes de los bienes propios del inocente. Además, si hubiese existido separación de hecho antes de la declaración de

⁵¹ Ídem.

⁵² Varsi Rospigliosi, Enrique (2012), op. cit., pág. 323

⁵³ Citado por: Fernández Revoredo, Marisol, op. cit., pág. 254

⁵⁴ Ídem.

divorcio, el culpable pierde el derecho a los gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

- El juez puede conceder al inocente una indemnización por daño moral, si es que los hechos que han llevado al divorcio comprometen el legítimo interés personal del cónyuge.
- Se pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, excepto si uno de ellos estuviera en un extremo estado de necesidad.
- El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden.
- Se suspende la patria potestad del cónyuge culpable.

B. Divorcio Remedio

Marisol Fernández Revoredo, “Alude a aquel divorcio en el que la culpa constituye un factor irrelevante, pues lo importante es la situación objetiva de quiebre e inviabilidad de la unión matrimonial”.⁵⁵

Así lo explican Bossert y Zannoni:⁵⁶

Podemos decir que la diferencia sustancial entre la concepción del divorcio sanción y del divorcio remedio, reside en que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio, mientras que la segunda entiende que el conflicto es, el mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto. En otras palabras, la concepción de divorcio sanción, responde a la pregunta: ¿Cuál es la causa del conflicto conyugal?; mientras que la concepción del divorcio remedio, responde a esta otra: ¿debe ser el conflicto conyugal causa del divorcio?

Asimismo Marisol Fernández Revoredo sigue acotando lo siguiente: “La tendencia moderna en la regulación de divorcio encausado es la de inclinar la balanza hacia las causales objetivas. Con esto se genera una coexistencia con las de corte inculpatario o, en todo caso, se recogen solo causales objetivas. De esta manera se abre la posibilidad a que cónyuges que realmente ya no tienen proyecto matrimonial vigente y que no pueden divorciarse porque ninguno ha incurrido en hechos ilícitos o falta a los deberes que nacen del matrimonio, lo pueden hacer a

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 255

⁵⁶ *Ídem*.

través de causales remedio, que permiten acreditar el quiebre del proyecto matrimonial".⁵⁷

En palabras de Carmen Julia Cabello. "La diferencia sustancial entre ambos (El divorcio sanción y remedio) reside en que el divorcio sanción la causa del conflicto es la causa de divorcio, mientras que el divorcio remedio entiende que el conflicto es en sí mismo la causa del divorcio, que sin que interese las causas o responsabilidades del conflicto.

Al divorcio sancionador también se le denomina subjetivo o de culpa de uno de los cónyuges. En tanto, el divorcio remedio o de causales objetivas, se sustenta en la ruptura de la vida matrimonial, que se verifica a través del acuerdo de los cónyuges para su conclusión, o por cese efectivo de la convivencia durante un lapso de tiempo, o por una causal genérica que impida la convivencia, a la que se le denomina divorcio quiebre".⁵⁸

2.2.9. LAS TESIS SOBRE EL DIVORCIO

A. Tesis Antivorcista

El tratadista argentino Borda, "sostiene que el problema no puede dejar de considerarse en su faz general y en su trascendencia social, pues cuando se desciende a las situaciones concretas e individuales, hasta el más firme defensor de la indisolubilidad se siente turbado (...) La primera y mayor objeción que debe hacerse contra la disolución del vínculo, es que el divorcio engendra el divorcio. Cuando dos personas saben que van a unir sus destinos hasta la muerte, en el bien y en el mal, que su unión será un *consortium omnis*, están armados psicológicamente para luchar contra las dificultades inevitables del matrimonio. Los conflictos entonces serán menos agudos; hasta habrá un mayor espíritu de tolerancia (...)"⁵⁹

Aquí nos hace propio analizar que quizá el matrimonio en realidad es una suerte de ensayo – error, pues que en su mayoría se manifiesta que esta institución es y se hace en busca de la felicidad, o en un trasfondo hacer la vida en común, pero por

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Torres Vásquez, Anibal y otros (2003); "Derecho de Familia: Materiales de Lectura Especializada"; Colegio de Abogados de Lima, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, pág.117

⁵⁹ Borda, Guillermo A. (1984) "Tratado de Derecho Civil", Séptima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires – Argentina, págs. 556-557

ser a esto nace la figura del divorcio que es inescrutable a los tiempos, así también son las estadísticas que para el año 2001 en el Perú, el porcentaje de divorcios es de un 9.8%, con relación al estado civil, y sucesivamente este va progresando en un crecimiento estimado en un 0.8% por año.

Un problema más grave es tal vez el carácter nocivo para los hijos que tuvieran en común, es que si bien es difícil mantener el espectáculo paterno y materno de rencor y odio mutuo, por la insostenible convivencia diaria; entonces es quizá el divorcio quien ponga fin a la relación marital insoportable, pero así como las personas necesitan rehacer su vida, es que contraen nuevo matrimonio, surtiendo el efecto para los hijos de padrastros y madrastras, lo que conlleva a familias ensambladas, monoparentales, etc.; y que tarde o temprano terminen afectando la conducta de los hijos que futuros próximos traigan problemas sociales.

B. Tesis Divorcista

Eulogio Rolando Umpire refiere en su tesis divorcista lo siguiente: “desde un punto de vista social no puede tener interés en mantener matrimonios destruidos, inexistentes en la práctica (...), el mantener unido a los cónyuges cuando el amor conyugal ha desaparecido es inmoral y perjudicial para la familia. El matrimonio pertenece al sentir o no al reflexionar, de ahí las leyes reguladoras de esta rama del derecho Civil sean observadas en tanto no vayan contra el sentimiento de los que deben observarla. No existe matrimonio alguno que, no requiriendo hacer vida en común, deje de separarse porque lo prohíba la ley civil”.⁶⁰

En esta posición Borda implica que “La vida presenta situaciones dolorosas, ante las cuales el legislador no puede permanecer insensible. Las circunstancias suelen transformar a los cónyuges en enemigos; es cruel mantener unidos a seres que se desprecian o aborrecen, porque entonces sería el matrimonio en una cadena de forzados (...) Es obvio que la simple separación no basta para resolver estos problemas; porque o bien condena a los cónyuges a un permanente celibato, creándoles problemas sexuales y psíquicos de todo orden, o bien lo obliga a establecer uniones ocultas o vergonzantes”.⁶¹

De esto, necesariamente no se puede hablar del interés de los hijos, ya que dado en toda razón, no se puede formar a estos en una peor educación, donde los padres viven en constante odio y rencor uno hacia el otro, y donde de todas maneras las

⁶⁰ Umpire Nogales, Eulogio Rolando, op. cit., págs. 76-77

⁶¹ Borda, Guillermo A. (1984), op. cit., págs. 568-569

relaciones entre cónyuges que antes eran buenas, ya no lo son; es por ello que la solución a esto es la vía del divorcio, tanto para el bien de los ex cónyuges y los hijos si los tuvieran.

En parte concertamos que el divorcio engendra el divorcio, constituye inhibidamente al debilitamiento de la familia y las buenas costumbres, es pues que en nuestro país existe una ex profesa religión y creencia, que por minúsculo que se quiera entender el problema, tarde o temprano conllevaría a un problema social.

2.2.10. CLASES DE DIVORCIO

La clasificación acerca del divorcio ha ido en un discurrir entre un divorcio absoluto y un divorcio relativo, que en la doctrina conjuntamente con la legislación se le conoce como “separación de cuerpos”.

Refiriéndonos estrictamente a la separación de cuerpos, esta no es plenamente la ruptura del lazo conyugal, razón suficiente para considerar que hay diferenciación sustantiva, entre el divorcio y la separación de cuerpos, es pues que el primero tiene la naturaleza de disolver el vínculo conyugal y la segunda tiene una naturaleza de relajación o decaimiento mismo del vínculo conyugal existente.

A. Divorcio Absoluto

“El divorcio produce la disolución del vínculo matrimonial, que implica la recuperación de la aptitud nupcial. Desaparecen los deberes y derechos que el matrimonio comporta, pues solo por excepción sobrevive el deber de asistencia, mientras no medie nuevo matrimonio del cónyuge inocente o indigente y el uso del apellido del otro cónyuge inocente o indigente y el uso del apellido del otro cónyuge, desaparece así mismo el parentesco por afinidad y coralarialmente el derecho de sucesión recíproco. Para evitar problemas con la filiación, se establece un plazo de 300 días destinados a que la mujer espere antes de contraer nuevas nupcias, o en todo caso obtenga la concesión de dispensa judicial”.⁶²

⁶² Quispe Salsavilca, David Percy (2002), “El Nuevo Régimen Familiar Peruano”, Editorial Cuzco S.A.C., Lima – Perú, pág. 69

B. Divorcio Relativo

“El divorcio relativo denominado también “separación de cuerpos” o en argentina “separación personal” se caracteriza sustantivamente por suspender el deber de cohabitación dejando subsistente el vínculo matrimonial. En los contextos normativos actuales que rechazan la regulación de un matrimonio indisoluble el divorcio relativo se caracteriza además por su susceptibilidad de conversión en divorcio vincular y en nuestra normatividad vigente adicionalmente porque pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, se diferencia así sustantivamente del divorcio absoluto, pero también de la “suspensión del deber de cohabitación” regulado en el art 347 el cual no pone fin al régimen de sociedad de gananciales ni tampoco es susceptible de convertirse en divorcio vincular”.⁶³

EL cónyuge inocente puede solicitar la conversión en divorcio de la separación transcurrido seis meses de notificada la sentencia de separación art 354, mientras que en el caso de separación convencional o de la separación de cuerpos por separación de hecho cualquiera de los cónyuges podrá pedir la declaración de disolución del vínculo conyugal. En todos estos casos se podrá contraer nuevas nupcias, desde el momento de la conversión. Es necesario resaltar que si bien la separación no pone fin al matrimonio, pero si pone fin al deber de cohabitación entre los cónyuges.

2.2.11. ¿EXISTE UN DERECHO AL DIVORCIO?

Marisol Fernández Revoredo comenta lo siguiente: “De acuerdo con lo dicho anteriormente, es evidente que han existido varios factores que retardaron la constitución de un sistema de divorcio respetuoso de la libertad de las personas para definir sus proyectos de vida. Un primer elemento fue, inicialmente, la influencia del derecho canónico en la legislación civil, pero luego, incluso hasta la actualidad, la influencia de la religión –en particular la católica– en las políticas y la regulación sobre las familias.

Hay, por tanto, una muy estrecha relación entre la secularización del Estado y la flexibilización del divorcio. Un segundo factor también ha sido la interpretación que se le ha dado al mandato constitucional de promoción del matrimonio y protección de la familia, que tradicionalmente se sustentó en la perspectiva del derecho de familia, que no se articula con el discurso de los derechos fundamentales. Esto

⁶³ Ibídem, pág. 71

último sería, por ejemplo, una de las principales razones por las que los operadores del sistema de justicia han estado interpretando de manera muy restrictiva las causales de divorcio invocadas en sede judicial”.⁶⁴

2.2.12. EL DIVORCIO POR CAUSAL REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

2.2.12.1. DEFINICIÓN DEL DIVORCIO

El divorcio en la doctrina y en la legislación comparada, es también conocido como divorcio vincular, divorcio ad vinculum, divorcio absoluto, divorcio pleno y por último como divorcio perfecto, que en realidad en simple y llana conclusión viene a ser la ruptura del vínculo matrimonial entre quienes fueron esposos o cónyuges.

En palabras de Omar Barbero quien refiere que: “... si se admite que los cónyuges pueden contraer válidamente un nuevo matrimonio, descartándose toda posibilidad de reanudación de la vida en común (reconciliación) el divorcio será absoluto, vincular, ad vinculum. Es un caso de disolución del vínculo matrimonial, equiparable al fallecimiento de uno de los consortes”.⁶⁵

Por lo tanto el divorcio es el que disuelve el vínculo matrimonial existente entre los consortes, y por consiguiente estos mismos están autorizados para contraer nuevas nupcias, en deseos y acción de cada uno.

Para Yolanda Vásquez García, agrega que el divorcio: “Es la disolución del vínculo matrimonial por la autoridad judicial, atendiendo a la solicitud de una de los cónyuges, basada en una causal señalada especialmente en el Código Civil, o por ambos, por separación convencional (mutuo disenso)”.⁶⁶

En la línea que sostiene Yolanda Vásquez, entiende al divorcio como la figura jurídica que pone fin al matrimonio, por una autoridad judicial competente, que a solicitud de las partes resuelve el vínculo conyugal, ya sea esta, por causal sobreviniente en la ley o por mutuo acuerdo de los mismos cónyuges; es decir, que si las partes no se ponen de acuerdo a una separación convencional

⁶⁴ Citado por: Jara, Rebeca S. y Gallegos, Yolanda, op. cit., pág. 449

⁶⁵ Citado por: Hinojosa Minguez, Alberto (2007), “Proceso de separación de cuerpos y divorcio”, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú, pág. 179

⁶⁶ Vásquez García, Yolanda (1998), “Derecho de Familia” Tomo I, Editorial Huallaga, Lima – Perú, pág. 415

pacífica, de la misma forma deben acudir a la autoridad judicial para este declare disuelto el vínculo matrimonial, el divorcio o separación legal definitiva entre ambos cónyuges.

En la historia del derecho romano, se conocían específicamente dos tipos de divorcio, uno era el *repudium*, que del latín significa a solicitud de uno de los cónyuges; y el otro tipo que era el *divortium*, que de la misma forma del latín significa a solicitud de ambos cónyuges.

Hoy en día en la tradición religiosa peruana, se cree quizá en un dogma de la indisolución matrimonial, puesto que quien contrae matrimonio en esta creencia, y que para disolver el mismo, necesariamente tiene que recurrir a la figura jurídica pertinente como es el divorcio; pero visto desde un punto de vista social, el divorcio relaja la facilidad de nuevas uniones y por lo tanto, la constitución de nuevas familias.

“Hay desacuerdo en las legislaciones en cuanto al número y naturaleza de las causas del divorcio. Las unas no reconocen sino las faltas graves cometidas por uno de los cónyuges contra el otro; este es sistema clásico del código civil francés de 1804 modificada por la ley Naquet de 1884, otras legislaciones admiten o han admitido además otras causas que no implican infracción a los deberes conyugales, tales como la emigración, ausencia locura, la enfermedad contagiosa hasta la separación de hecho. Este es el sistema de la ley francesa de 1792 y en gran medida de los actuales códigos europeos, que además introducen de la separación de hecho”.⁶⁷

La noción de causas del divorcio o causales tienen como características en cuanto a tales, el ser hechos previstos por la legislación para que conjuntamente con la declaración de voluntad del cónyuge perjudicado formalizado en una demanda legitimen como justa el pronunciamiento sobre el decaimiento o disolución del vínculo por parte del juez. En consecuencia el solo acontecer de la causal no genera ninguna consecuencia automática de iure, sino que es necesario para esta se produzca su alegación en un proceso, la comprobación de lo sucedido en una etapa probatoria y la decisión del juez. De esta manera la noción de causal es compatible con la noción de matrimonio, como unión formalizada con vocación de estabilidad del vínculo, más aun si se percibe que la unión se establece con la finalidad de hacer vida común.

⁶⁷ Quispe Salsavilca, David Percy (2002), op. cit., pág. 72

Por consiguiente las causales son los motivos o las diferentes circunstancias que podrían dar lugar al divorcio.

David Quispe Salsavilca, advierte que se “tenga presente que nuestra normatividad no establece mayor diferencia entre las causales de divorcio absoluto de las causales de divorcio relativo, quedando a criterio del demandante delimitar el contenido del petitorio, por consiguiente la regla general es que la separación de cuerpos y el divorcio vincular constituyen pretensiones alternas (no decimos vías porque procesalmente tienen el mismo trámite de proceso de conocimiento). De esta manera el artículo 333 establece las causales de separación de cuerpos y el artículo 333 establece las causales de separación de cuerpos y el art 349 remite las causales de divorcio vincular a las establecidas en el art 333. Excepcionalmente sin embargo, el mutuo consentimiento (inciso 13 del artículo 333) solo permite como única alternativa la separación de cuerpos vía proceso sumarísimo de separación convencional convertible en divorcio vincular ulterior conforme al art 354. De esta manera la separación convencional es la única causal de pretensión no alterna y de divorcio vincular indirecto”.⁶⁸

2.2.12.2. NOCIÓN DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

A. Generalidades

Suarez Franco,⁶⁹ nos informa que se destacan tres sistemas para determinar las causas de divorcio, a saber:

- a) El sistema Causalista: El divorcio solo puede instalarse por causas expresas determinadas en la ley de manera taxativa; en cónyuge interesado en obtener el divorcio deberá acreditar ante el juez los hechos configurativos de la causal. Este sistema (... pertenece al grupo de legislaciones que, aun cuando rechazan por principio la indisolubilidad, no dejan de considerar la perpetuidad del matrimonio como conforme a sus fines esenciales.

Es decir que las legislaciones que lo acogen, o adoptan este sistema, es este mismo que se establece como una sanción o castigo por la falta

⁶⁸ *Ibíd*em, pág. 73

⁶⁹ Hinojosa Minguez, Alberto (2007), *op. cit.*, pág. 185

cometida por alguno de los cónyuges, o también como remedio a una situación matrimonial insoportable e insostenible.

- b) El Sistema Contractual: Que es de origen puramente individualista, este sistema se basa en que la relación matrimonial se deshace de la misma forma en que se celebró, puesto que es un contrato, con la característica o salvedad de que necesariamente no conlleva consigo un fin lícito; desde el momento en que los esposos están de acuerdo con la terminación del matrimonio, esto se lleva a cabo mediante la formalización; la intervención del funcionario estatal, comúnmente el juez, se limita a verificar la autenticidad de la voluntad de los esposos.
- c) El Sistema Discrecional: Específicamente la ley no lo señala concretamente causales de divorcio; deja en manos del juez o tribunal el análisis y decisión sobre disolución de que la vida conjunta de los esposos y la conservación de la familia son imposibles; no es recomendable, por su subjetividad dejar a la simple discreción de un juez una decisión de esa naturaleza.

Baquero Rojas y Buenrostro Báez:

“Las causales de divorcio siempre han sido específicamente determinadas. El orden jurídico solo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja. Todas las causales de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio hay generalmente un cónyuge inocente (el actor) y uno culpable (el demandado). Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal”.⁷⁰

Así también existen causales que aunque no falten a la vida en común, estas hacen que sea difícil la relación marital, como lo es o lo son las enfermedades o vicios.

Entonces cabe comportarse que existen dos grupos de causales del divorcio; una las debidamente manifiestas a la falta o culpa de uno de los cónyuges contra la institución de la celebración del matrimonio; y el otro grupo son las no debidas a culpa. Como ejemplo tenemos en el primer grupo a la debidas a la

⁷⁰ ídem.

culpa o falta de uno de los cónyuges como, la infidelidad, el abandono injustificado del hogar conyugal así como de las obligaciones, otro son los ultrajes o injurias de un cónyuge contra el otro (la violencia física como psicológica), otro es la embriaguez habitual, el uso de sustancias tóxicas, alucinógenas o estupefacientes, y además cualquier conducta tendiente a corromper o pervertir al otro cónyuge o los descendientes mismos.

Por otro lado tenemos al grupo de causales no tendientes a la falta de uno de los cónyuges (culpa), pero que en manera determinada afecta la relación conyugal y hace perecer la relación conyugal, entre estos tenemos a las enfermedades que imposibilitan la vida del hogar conyugal, la incompatibilidad de caracteres y la pena privativa de la libertad.

De acuerdo con Rojina Villegas clasifica a las causales de divorcio en:⁷¹

- a. Causales que implican delitos, en contra del otro cónyuge, los hijos o terceros.
- b. Causales que constituyen hechos inmorales.
- c. Causales violatorias de los deberes conyugales.
- d. Causales consistentes en vicios.
- e. Causales originadas en enfermedades.
- f. Causales que implican rompimientos de la convivencia.

Es aquí en función de las causas de divorcio que no se reducen a provocar su declaración, sino que además se concreta a determinar el sentido en que ha de pronunciarse, es el divorcio el que da origen a la disolución del vínculo, pero además prueba la culpabilidad e inocencia de uno de los cónyuges o esposos que litigan en el proceso de divorcio.

En tanto el cónyuge que demuestra la inexorable existencia de un motivo de divorcio o causal como se le conoce, y a la vez este consigue que el juez competente afirme la culpabilidad del demandado como tal, y además de esto demuestra que todo causa alegada en su contra no es válida (no se admita en trámite al proceso), y por tal motivo se declare su inocencia con la carga de

⁷¹ *Ibíd.*, pág. 186

lograr un beneficio a favor suyo (beneficios económicos por la por probar la causal y a la vez honrar su dignidad).

También atendiendo a la doctrina los hechos que pueden dar causa al divorcio tienen los siguientes requisitos comunes:⁷²

- Gravedad: Deben ser de tal gravedad que hagan imposible moral y materialmente la vida en común de los esposos. En otras palabras, deben crear entre los cónyuges una situación imposible de ser sobrellevada con dignidad, atentando contra la convivencia conyugal de modo tal que excedan el margen de la tolerancia humana. De no ser así, no se justificaría una solución de importancia tal como el divorcio.
- Imputabilidad: También es elemento común a todas las causales la imputabilidad, pues suponen una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se le atribuyen. Solo pueden justificar el divorcio si traducen de parte de su autor un comportamiento consciente y responsable. Por consiguiente, si uno de los cónyuges actos que constituyen causales de divorcio en estado de enajenación mental u otro estado de conciencia equiparable, el otro no puede invocarlos para demandar el divorcio. Lo mismo ocurre si fuesen ejecutados bajo el imperio de una coacción irresistible; pero no si la irresponsabilidad resulta de hecho imputables al acusado, como en caso de embriaguez alcohólica o intoxicación con estupefacientes voluntarias.
- Invocabilidad: Los hechos que dan lugar al divorcio pueden ser invocados pueden ser invocados únicamente por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió.
- Posterioridad al matrimonio: Los hechos invocables como causales de divorcio deben ser posteriores al matrimonio, sin perjuicio de que los anteriores puedan ser tenidos en cuenta como antecedentes, o cuando se trata de actos de conducta ocultados o revelados después del matrimonio en condiciones afrentosas para el cónyuge. De otra manera, los hechos anteriores, o bien configuran causales de nulidad de matrimonio, o bien son irrelevantes.

En un carácter o aspecto taxativo acerca de las causales de divorcio, en cuanto a los hechos que lo pueden originar; es así que tales hechos son dúctiles, que quiere decir que se deforma o extiende la figura jurídica, es por lo tanto que

⁷² *Ibidem*, pág. 187

abarcan una infinidad de especies, cuya única valoración está supeditada al criterio judicial. Es por consiguiente, la taxatividad solo excluye una parte, los hechos que no alcanzan gravedad suficiente y deben quedar comprendidos dentro del margen de tolerancia recíproca que es dable exigir de los cónyuges, y por la otra las situaciones irregulares que se presentan durante el matrimonio, en cual no quepa atribuir culpa a alguno de los esposos.

B. Deberes Incumplidos en las Causales de Divorcio

Seguidamente tenemos que así como existe una numeración de las causales de divorcio; así también tenemos que existe, un numero de deberes incumplidos durante el matrimonio, como lo son la fidelidad, el respeto mutuo, la falta a la cohabitación, la asistencia como participación y cooperación en el gobierno del hogar, entre otros deberes incumplidos o contenidos dentro de los ya mencionados, esto solo cuando el matrimonio no cumple sus fines como tal, que simple y llanamente es hacer la vida en común; y así también debe de entenderse de manera estricta, que el procrear hijos no es un fin, sino una forma de mantener el legado familiar y hablando metafóricamente sembrar el árbol genealógico.

| CAUSAL | DEBERES INCUMPLIDOS |
|---|--|
| Adulterio | Fidelidad |
| Violencia física y psicológica | Respeto mutuo |
| Atentado contra la vida | Respeto mutuo |
| Injuria grave | Respeto mutuo |
| Abandono injustificado de la casa conyugal | Cohabitación, asistencia y participación y cooperación en el gobierno del hogar |
| Conducta deshonrosa | Respeto mutuo |
| Uso de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar dependencia | Cohabitación, asistencia y respeto mutuo |
| Enfermedad grave de transmisión sexual | Cohabitación, asistencia y respeto mutuo |
| Homosexualidad | Respeto mutuo |
| Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor dos años | Cohabitación, asistencia, participación y cooperación en el gobierno del hogar y respeto mutuo |
| Imposibilidad de hacer vida en común | Respeto mutuo |
| Separación de hecho | Cohabitación, asistencia, participación y cooperación en el gobierno del hogar |

Se entiende como la fidelidad al valor de contenerse, y ver como única pareja a la esposa o esposo que se juró serle leal durante el matrimonio, en tanto el respeto mutuo, es aquel que guarda concordancia con el trato amable, apacible y sobre todo, no trasgrediendo la moral y las buenas costumbres; la cohabitación es el deber de vivir juntos y compartir todo en casa, la asistencia se entiende como un deber colaboración.

2.2.12.3. TRATAMIENTO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

Son causales de divorcio (de acuerdo a los artículos 333 y 349 del C.C.), los siguientes:

1) CAUSAL DE ADULTERIO

A. Definición:

Según el conocido tratadista en derecho civil, Alberto Hinostroza, precisa acerca del adulterio lo siguiente: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe (...). Todo matrimonio (...) supone la promesa formal que cada novio hace al otro de mantener relaciones sexuales solo con él y excluir de ellas a toda persona (...). El rompimiento de esta promesa implica la comisión del mas grave ilícito contra el hogar y contra el otro cónyuge. De ahí que la primera y más importante causal del divorcio (o de separación de cuerpos) son las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges...”⁷³

Según Barros Errazuriz:

“... la palabra adulterio viene del verbo latino adulterare, que significa falsificar, corromper, porque confunde la descendencia de las personas según otros, viene de alterius thorus, que significa otro lecho; y para muchos también, de la palabra ad alter.

⁷³ Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), “Proceso de Separación de Cuerpos y Divorcio”, cuarta edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú, pág. 24

Es la causal de divorcio (o de separación de cuerpos) (...) el adulterio de cualquiera de los cónyuges, los cuales a este respecto que dan en igual condición...”⁷⁴

Para Larrain Ríos, el adulterio “... es el acto por el cual una persona casada, violando la fe conyugal, concede sus favores a otra”.⁷⁵

De lo dicho por Antonio Arregui y Marcelino Zalba quienes aseveran que “... el adulterio es un acto venéreo completo de un casado con persona distinta del cónyuge...”⁷⁶

A juicio de Rébora, el adulterio es “... la más típica de las causales de divorcio (o de separación de cuerpos), precisamente por que consiste en abandono de una abstención, es la violación del deber de la fidelidad...”⁷⁷

Para Cervantes Teodoro, "Se presenta cuando uno de los cónyuges mantiene relaciones sexuales con una tercera persona, lo que es una violación al deber de fidelidad, atenta contra el principio de la monogamia y lesiona gravemente la esencia del matrimonio".⁷⁸

En todo caso el adulterio es esencialmente la falta al deber de la fidelidad, donde el cónyuge culpable mantiene trato o relación marital con tercera persona que no es el cónyuge. El principio de la monogamia es la esencia del matrimonio, y la finalidad es el hacer vida en común; todo ello se rompe con la infidelidad.

Puig Peña apunta sobre la materia que “la ley habla de adulterio, y debe entenderse esta palabra en su sentido estricto, referido solo a la cúpula carnal con persona distinta del otro esposo; no estarán, pues, comprendidos en esa causa los contactos sexuales sin cúpula, ni las intimidades más o menos honestas que alguno de los esposos mantengan con tercera persona; lo cual, en principio, no debe obstar para que pueda autorizarse el divorcio (o la separación de cuerpos) al amparo de la injuria grave (...). Tampoco están, finalmente, comprendidos en el

⁷⁴ Citado por: Hinojosa Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 24

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Íbidem, pág. 25

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Cervantes Teodoro, Juan Carlos "Podríamos hacer un control difuso al 2º párrafo del artículo 354 del Código Civil", Diálogos con la Jurisprudencia: Jurisprudencia Civil Extramatrimonial, (Número 117): junio, 2008. pág. 152

adulterio, el contacto sexual entre hombre y hombre (homosexualismo) o entre hombre y animal (*crimen bestialitatis*).⁷⁹

En lo acontecido acerca de la definición y comentario de la causal de adulterio, Alberto Hinostraza, señala que: "... La causal se estructura por el hecho de una sola relación sexual, sin necesidad de pluralidad, (...) puesto que lo protegido es la fidelidad, a la cual se falta por esa sola circunstancia (...).

La causal (...) obra respecto de cualquiera de los cónyuges...

Pero debe tenerse en cuenta, de una parte, que la relación sexual extramatrimonial no constituye causal de divorcio (o de separación de cuerpos), si ocurre contra la voluntad de la persona, como es el caso de violación, (...) por cuanto al faltar el consentimiento no se viola la fidelidad, que es el principio protegido, y, de otra, cuando el cónyuge inocente la facilita, consciente o perdona.

Facilitar es propiciar o adecuar la situación a una finalidad determinada. Consentir es aceptar o estar conforme con una determinada conducta. Perdonar, en cierto sentido, es olvidar. Tanto el consentimiento como el perdón puede ser expreso o tácito. Se presenta lo primero cuando el cónyuge inocente así lo manifiesta al otro, de lo segundo, por adoptar una conducta o actitud de la cual pueda inferirse".⁸⁰

La causal de divorcio, en el caso el adulterio (que también sirve para la separación de cuerpos), viene a ser aquella relación extramarital, es decir, por fuera del matrimonio, con persona distinta al cónyuge, en todo caso es la falta a la fidelidad mutua que se deben los cónyuges, es decir, en sentido estricto como señala Puig Peña, la cúpula carnal, y que por demás están comprendidos fuera de ella, todos aquellos actos sexuales que no conlleven la cúpula carnal; es entonces, que de antemano señalamos según la doctrina, que el adulterio solo se puede cometer con tercera persona, alguien que esta fuera del matrimonio, un adúltero con una mujer o un adúltero con otro hombre, aquellas relaciones con contacto sexual de un adúltero con un varón o viceversa, una adúltera con una dama u otra aberración con parecido contacto sexual, no constituye la causal de adulterio sino más bien, podría encausarse dentro

⁷⁹ Citado por: Hinostraza Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 25

⁸⁰ *Ibíd.*, pág. 26

de la causal de injuria grave, un atentado contra el honor, la dignidad del cónyuge inocente.

Ahora según la legislación civil (Código Civil), refiriéndonos al artículo 335, que esta expresado acerca del hecho propio, que a la letra refiere que “Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”, que en términos prácticos, quiere decir que ninguno de los cónyuges puede demandar ante el Poder Judicial, el divorcio por la causal de adulterio (u otras causales señaladas en el Código Civil), siendo el mismo quien causo el adulterio.

La acción fundada en adulterio (artículo 336 C.C.) “No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó, la cohabitación posterior al consentimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción”, es decir que el cónyuge inocente, quien no ha cometido adulterio, no ha faltado al deber de la fidelidad, no puede iniciar la acción de divorcio por causal de adulterio, si en un principio consintió, que quiere decir que supo del hecho y lo dejo pasar por alto, así también si perdonó, que quiere decir, que supo del hecho de infidelidad de su cónyuge, y también el cónyuge culpable dio cuenta de ello, y a pesar de ello el cónyuge inocente olvido, lo libro de culpa, renunció a su derecho de acción, entre otro aspecto. La cohabitación posterior al consentimiento del adulterio, que en términos comunes es volver al lecho conyugal, convivir nuevamente con el cónyuge culpable y adultero, son impedimento para iniciar la acción de divorcio por causal o proseguir con el que ya se encuentra en trámite.

Hablando necesariamente del adulterio se menciona que tiene que existir una voluntad dolosa, acción de causar un daño, tener conciencia de la conducta adulterina, pero están exceptuados aquellos casos donde se comete error, es decir tener relaciones sexuales con cúpula carnal, con persona distinta al consorte, se cree o se piensa que es el cónyuge pero no lo es, así también se exceptúa, a aquella relación del cónyuge con un tercero (fuera del matrimonio), cuando se tenía la certeza de que el cónyuge había muerto.

Acerca de la cúpula carnal en el adulterio no necesariamente tenía que llegar a la eyaculación, bastaba solo el hecho de la penetración, para que haya o se presente la figura del adulterio, así también reputa todos

aquellos actos por fuera del matrimonio, en donde se tenga relaciones extramaritales con persona del mismo sexo y otras aberraciones, que según él, de seguro constituyen otra causal, pero no lo es de adulterio.

Entonces en término conclusivo, se aprecia que no hay ninguna razón que justifique el adulterio, sea tanto del varón como de la mujer, no son excusa la sobrevenida de la enfermedad, o la impotencia sexual, o el simple hecho del trabajo, que obliga a los consortes a alejarse durante cierto tiempo.

Sobre el particular Ripert y Boulanger enseñan que:

“... Al violar la obligación de fidelidad que nace del matrimonio (...) el cónyuge adúltero se hace culpable, hacia el otro cónyuge, de una falta que la ley considera como suficientemente grave para motivar en cualquier hipótesis el divorcio (o la separación de cuerpos)...

La ley civil no hace con razón distinción entre el adúltero del marido y el adúltero de la mujer..., debe haber igualdad en el divorcio (o la separación de cuerpos), por este es la satisfacción acordada del otro cónyuge y proveniente del marido o de la mujer, la ofensa es la misma...”⁸¹

Los mencionados tratadistas agregan lo siguiente:

“... Siendo el adúltero una causa perentoria del divorcio (o de la separación de cuerpos), el juez no tiene que apreciar la gravedad de la falta, ni tampoco investigar si las faltas del otro cónyuge pueden constituir una excusa...

Pero el divorcio (o de la separación de cuerpos) solo puede pronunciarse si el adúltero constituye una *falta* de una cónyuge hacia el otro. Se admite universalmente, por ejemplo, que el adúltero de la mujer, y, con mayor razón, su prostitución con la convivencia del marido, no deben ser tomados en cuenta por el juez (...), lo mismo que el adúltero del marido cometido con el consentimiento de la mujer...”⁸²

La promesa (obligación) de fidelidad, dada durante la celebración del matrimonio, de un cónyuge hacia el otro y viceversa, convierte al cónyuge

⁸¹ *Ibidem*, pág. 27

⁸² *Ídem*.

adultero en el cónyuge culpable, ya sea esta por una relajación marital, que no encuentra justificación alguna de excusarse, puesto que según la doctrina es una falta grave a la institución del matrimonio; a no ser que exista una situación de hipnosis u otra causa que medie el adulterio.

A decir de Bossert y Zannoni:

“... En términos generales se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos.

A efectos de la separación personal o el divorcio, el adulterio no queda tipificado de modo distinto para la mujer y para el marido (...). Como todo acto ilícito, el adulterio requiere no solo el elemento material constituido por la unión sexual fuera del lecho conyugal, sino la imputabilidad del cónyuge que determina la atribución de culpabilidad (...). Pero tanto, en tanto no incurra en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con un hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible –supuesto de violación– o en el singular caso de que tuviera relaciones con quien cree que es su marido sin serlo (...), etcétera.

El adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente. Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales ilegítimas, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes. En todo caso, si ellas no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán para configurar la causal de injurias graves, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo con las circunstancias del caso”.⁸³

Zannoni y Bosert, agregan que el amor conyugal fuera del lecho matrimonial, que hace al cónyuge culpable del divorcio (y separación de cuerpos); que exentos se encuentran de culpa aquel cónyuge que obra por fuerza irresistible, el supuesto de violación, o también como comenta, el caso de que se creyera que es el cónyuge, cuando no lo es, a esto

⁸³ *Ibíd.*, págs. 27-28

pueden intervenir la noche, el estado de hipnosis, o el idéntico parecido, que provoquen la equivocación o el error.

Otro hecho importante que se agrega acerca del adulterio, es que si bien es difícil probar las relaciones extramatrimoniales entre el cónyuge con una persona fuera del matrimonio, (solo podría probarse con la partida de nacimiento del menor, producto de una relación extramatrimonial, o excepcionalmente con la partida de matrimonio celebrado en el extranjero); en este caso se podría invocar la causal de injuria grave, aquella que atenta contra el honor, la dignidad del cónyuge inocente.

El Jurista Carbonier examina lo relativo al adulterio del modo que se reproduce a continuación:

“... El adulterio supone una infracción del deber de fidelidad y constituye el más directo de los ataques dirigidos contra el vínculo conyugal. La existencia de causa perentoria de divorcio (o de separación de cuerpos) se cifra en adulterio consumado carnalmente, por lo que las galanterías previas o los desvanecos imprudentes solo pueden calificarse a título de injurias (...). El adulterio no solo es condición necesaria sino también suficiente de la estimación de la demanda de divorcio (o de separación de cuerpos), sin que sea precisa la concurrencia de circunstancias agravantes (...).

(...) La jurisprudencia viene destacando el carácter perentorio del adulterio y, por ello, se ha deplorado generalmente el modo automático que dicha circunstancia tiene de operar en orden a la disolución vincular. Esta tendencia jurisprudencial puede interpretarse como un homenaje a la institución matrimonial y una categoría condena del adulterio, por entender los Tribunales que el estado matrimonial y la relación adulterina son, de todo punto, incompatibles.

¿En qué sentido puede afirmarse la perentoriedad del adulterio?

El criterio más inmediato viene expresado por el dato de que el juzgador carece de facultades de apreciación para estimar o repeler la acción de divorcio (o de separación de cuerpos). (...) Las exigencias entitativas de la causa de divorcio (o de separación de cuerpos) se cumplen sin necesidad de que actor se vea urgido a demostrar que la conducta del cónyuge adúltero viola gravemente las obligaciones matrimoniales y hace insoportable la vida en común. La razón es que, “a priori”, se presume

que adulterio asume por sí, estas características peculiares de las causas de divorcio (o de separación de cuerpos).

La jurisprudencia ha ido más lejos, en algunas ocasiones, y ha conectado la naturaleza perentoria del adulterio con el hecho material de su consumación, aunque la falta no pudiera imputarse al cónyuge adúltero o el adulterio se hubiese cometido de buena fe.

Hay una tercera interpretación que anuda la perentoriedad a la inadmisibilidad de cualquier excusa que se pretendiera hacer valer como excepción oponible (al menos, así se ha declarado a propósito de la excusa de provocación)⁸⁴.

Ahora al respecto de lo expresado en el artículo 333 –inciso 1)– del Código Civil vigente, el adulterio como causal que sirve tanto para el divorcio como para la separación de cuerpos, tenemos lo siguiente:

Que al respecto, el artículo 336 del Código Civil, establece en dos partes muy importantes:

- Que no puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdono.
- Otro es que la cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción (en este caso la demanda de divorcio por causal de adulterio).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en el adulterio, ha establecido los siguientes parámetros.

- “... La causal de divorcio por adulterio es una de naturaleza subjetiva o inculpativa, consistente en la violación deliberada del deber de fidelidad por hecho de mantener una relación sexual extramatrimonial, esta causal solo puede ser ejercitada por el cónyuge agraviado; [...] se le ha denominado divorcio sanción, ya que las consecuencias del divorcio por esta causal se reflejan en el recorte de ciertos derechos del cónyuge culpable, tales como la pérdida al derecho de heredar, la pérdida de los gananciales, entre

⁸⁴ Ibídem, págs. 29-30

otros...” (Casación Nro. 5079-2007/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03/09/2008, págs. 22841-22842).

- “... La causal de adulterio [...] se funda en la violación de la fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objetivo, se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, de ahí que la simple tentativa resulte insuficiente para que produzca la disolución del vínculo matrimonial...” (Casación Nro. 2090-2001/Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01/04/2001, págs. 8570-8571).
- “... El adulterio no es causal de divorcio con efectos permanentes sino de constitución inmediata, por lo que si se denuncian hechos adulterinos posteriores a los que se reclaman y se reputan extinguidos por caducidad, por perdón o por consentimiento, es posible admitir la configuración de la violación del deber de fidelidad, pues este se recupera como deber fundamental de las relaciones conyugales tan pronto se haya extinguido la causal anterior por caducidad...” (Casación Nro. 1744-2000/Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30/04/2001, págs. 1761-1762).
- “... Para poder determinar si hubo caducidad o no de la causal de adulterio prevista en el artículo 339 del Código Civil es preciso determinar la fecha en el cónyuge ofendido tomo conocimiento del adulterio y si la acción se ha interpuesto dentro de los seis meses o en todo caso a los cinco años de haberse producido esta causal, lo que no ha establecido en autos, por lo que se comete grave error en la sentencia de vista al preferir aplicar el plazo mayor de cinco años sin haber establecido la fecha en la que se produjo la causal de adulterio, incurriendo en error `in procedendo´ por contravención al artículo 339 del Código Civil, como producto de una errónea apreciación de la prueba...” (Casación Nro. 1647-2001/Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02/09/2002, pág. 9133).
- “... El divorcio por causal de adulterio a que se refiere el artículo trescientos treintitres inciso primero del Código Civil [...]. Procede cuando uno de los cónyuges tiene relaciones sexuales con un tercero, requiriéndose que se acredite la existencia de cópula sexual...” (Casación Nro. 550-2004/Chimbote, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30/09/2005, págs. 14713-14714).

- “... El cónyuge ofendido debe acreditar esta causal [adulterio] con medios de prueba idóneos que revistan la gravedad y se refieran a hechos concretos...” (Casación Nro. 1647-2001/Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02/09/2002, pág. 9133).
- “... La demanda [sobre divorcio por causal de adulterio] [...] solo se sustenta como causa petenti del adulterio en el hecho del nacimiento de una hija extramatrimonial de la emplazada, no haciendo mayores afirmaciones respecto a la existencia de relaciones adulterinas, pues, aun cuando el actor señala [...] que la `demandada vive con el padre del menor´, tal afirmación es insuficiente para ser considerada como otra `causa petendi´ de adulterio, pues no se precisan circunstancias de lugar y oportunidad de la configuración de los elementos del adulterio, estando en todo caso, expedito el derecho del actor, para ejercitar su derecho de ser el caso respecto de otros hechos constitutivos del adulterio distintos al de la presenta causa...” (Casación Nro. 1744-2000/Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30/04/2001, págs. 1761-7162).
- “... La violencia que indica la recurrente no es motivación ni justifica el adulterio considerado acreditado por las instancias de fallo...” (Casación Nro. 2437-2004/Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01/09/2005, pág. 14673).
- “... Es un hecho que las causales de divorcio antes analizadas [adulterio y separación de hecho] son diferentes, no obstante ello, comparten ciertos elementos comunes; pues el sistema mixto consagrado [...] en nuestra legislación civil, en la causal de divorcio por separación de hecho también es materia de debate la culpabilidad del cónyuge causante de la violación del deber de cohabitación; al igual que en la causal de adulterio donde se busca al cónyuge culpable los efectos de la declaración de divorcio por ambas causales son similares, toda vez que así se infiere de lo establecido en el último párrafo del artículo 345-A del Código Civil, concordado con los artículos 351, 352 y 353 del Código Civil. En ese sentido, se puede evidenciar que si bien las causales de divorcio antes aludidas son diferentes, sin embargo, no son excluyentes...” (Casación Nro. 5079-2007/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03/09/2008, págs. 22841-22842).

B. Elementos o condiciones para la configuración de la causal de Adulterio

Gonzales I Sinde enseña que, “la infidelidad conyugal se refiere al adulterio; las otras relaciones de efecto o erotismo no lo constituyen necesariamente. La Ley no fija que requisitos debe reunir el adulterio para que sea causa de separación, pero el comúnmente admitido [...] es el consumado y culpable”.⁸⁵

En coincidencia con otros tratadistas del derecho de familia, en especial manera acerca de la causal de divorcio, adulterio (también es causal de separación de cuerpos), el adulterio solo se circunscribe a la infidelidad conyugal, ósea un cónyuge, realice prácticas de copula sexual con tercera persona distinta a su consorte (sexo opuesto); no vale todas aquellas relaciones practicadas con personas del mismo sexo o aberraciones con animales, según la doctrina, estas constituirían injuria grave.

En palabras de Suarez Franco, son elementos constitutivos del adulterio:

- a) “La cúpula carnal con persona distinta del otro cónyuge, lo cual implica un elemento objetivo y, subjetivamente, un dolo eventual, porque el adulterio, presumiblemente, tiene conciencia de la falta que cometió.
- b) El ánimo deliberado de ejecutar el acto, ósea el elemento intencional y voluntario. De este modo, no hay adulterio si ha existido fuerza, es decir, si se ha obligado a la persona a cometerlo.

Tampoco hay si ha habido violación, o si se ha realizado el coito en estado hipnótico o por un enfermo mental o privación de la razón. La conducta consiste en hacer público concubinato ha de considerarse constitutiva de causa de adulterio para el divorcio (o la separación de cuerpos), aun cuando no se pruebe concretamente que hubo cúpula carnal”.⁸⁶

Como primer punto acerca del adulterio, según Suarez Franco, se tiene en cuenta a la cúpula carnal, que constituye un elemento objeto, es decir, que si o si, debe haber el hecho para que constituya el adulterio; así

⁸⁵ Citado por: Hinostroza Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 32

⁸⁶ *Ibíd*em, pág. 32-33

también constituye elemento subjetivo, todo desde el punto de vista de que existe conciencia en el acto, se presume que se tiene conocimiento de la falta al deber conyugal (infidelidad).

En otro punto según el mismo autor, refiere acerca de la intencionalidad y voluntad de ejecutar el acto, esto nos quiere decir, en un hecho contrario, no constituye adulterio, si el hecho se ha cometido mediante el uso de la fuerza, mediando con resistencia imperante de la otra persona (violación), o también si este hecho se ha realizado en un estado hipnótico, conducido por una voluntad ajena, o quizá transferido o inundado por una enfermedad mental, ya sea esta momentánea o continua, donde se prive de toda razón al cónyuge que cometió el acto de infidelidad. En un punto de vista aparte, también se puede considerar adulterio a aquella conducta, en donde el concubinato, se manifieste de manera evidente (a los ojos de todos), aun cuando no se pruebe que haya existido cúpula carnal entre el infiel y la amante.

Belluscio anota sobre la materia que:

“... El adulterio es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero. Con un criterio más vasto e ideal, algunos autores consideran adulterio toda violación del deber de fidelidad; pero parece preferible reservar la denominación de adulterio para la unión sexual, sin perjuicio de que otras infidelidades queden comprendidas en la causal de injurias graves...

Para configurarlo se requiere, además del elemento material, un elemento intencional, la voluntad libre de sustraerse a la fidelidad conyugal; ese elemento intencional no es sino imputabilidad, requisito general de todas las causales (...). Por consiguiente, no hay adulterio si la esposa es violada o yace con un tercero en estado de hipnosis u otro semejante, en caso de demencia, o en el segundo matrimonio contraído de buena fe quien se cree viudo.

El adulterio no es causa de divorcio (o de separación de cuerpos) cuando ha sido provocado, tolerado o consentido por el otro cónyuge... Este (el divorcio) es una sensación para el cónyuge que incurre en un comportamiento agravante para el otro, y el agravio desaparece en esos casos; falta el requisito de imputabilidad pues no hay dolo ni culpa en la relación adulterina”.⁸⁷

⁸⁷ Ídem.

Como afirma Belluscio, el adulterio queda constreñido a la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero, es decir en palabras concretas, mantener una relación extramatrimonial, pero algo importante que se agrega es: que algunas infidelidades como se le conocen quedan comprendidas en la causal de injuria grave (atentar contra el honor la dignidad del cónyuge ofendido con la conducta del cónyuge culpable), como se afirma debe de existir un elemento intencional, tener conciencia de la infidelidad; de modo contrario no existe infidelidad si se produjera la violación, si se tuviera relaciones del tipo marital en un estado de hipnosis, locura, o si se contrajera matrimonio de buena fe, cuando se creyera por muerta de quien fue esposa. Así también no existe la causal de adulterio cuando este ha sido provocado, tolerado o consentido por el otro cónyuge.

Valencia Zea, al tratar los supuestos o condiciones que deben reunir las relaciones sexuales extramatrimoniales (adulterio) para que constituyan causal de divorcio (o de separación de cuerpos), expresa que, "... en primer término, no importa el número de relaciones sexuales extramatrimoniales efectuadas; puede ser una o varias; en segundo término, la relación o relaciones deben haberse verificado o consumado en forma total, y, además, de modo intencional o consciente; en tercer lugar, el demandante debe ser totalmente inocente con respecto al dolo o intención del demandado; por último, es suficiente que se trate de relación sexual extramatrimonial, sin distinguir el sexo de la persona con que se ha practicado".⁸⁸

El mencionado jurista, acerca del supuesto o condición de la relación sexual extramatrimonial (para que constituya causal de divorcio o de separación de cuerpos) referido a su número, afirma que "... en manera alguna se está exigiendo que el demandado tenga que probar más de una relación sexual del demandado. En efecto, la prueba de una o de cualesquiera relaciones sexuales extramatrimoniales es suficiente para instaurar el divorcio (o de separación de cuerpos)..."⁸⁹

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Ídem.

Es importante reafirmar que no debe de tenerse en cuenta el número de veces, que el acto de tener relaciones sexuales extramaritales hayan sido consumadas, de manera consiente, plena existencia del dolo o intención de realizar el acto que perjudique al otro cónyuge, por ultimo también debe de tenerse en cuenta a aquellas relaciones con persona del mismo sexo (mujer entre mujer y hombre entre hombre).

Valencia Zea, en cuanto al supuesto o condición de la relación sexual extramatrimonial (para que constituya causal de divorcio o de separación de cuerpos) consiste en la consumación en forma total de dicha relación, apunta que:

“... Toda relación sexual extramatrimonial del marido o de la mujer supone siempre la consumación completa.

La consumación completa de la relación sexual (coito) la definen los canonistas como <la penetración del miembro viril, con la consiguiente eyaculación, de un modo natural, dentro de los órganos genitales de la mujer>; de donde se deduce que se excluyen y no constituyen adulterio otro tipo de relaciones, por ejemplo, la intimidad poco honesta entre mujer y hombre diferente de su marido, ciertos actos torpes adulterinos, la misma tentativa de adulterio; pero todos estos actos son una especie de infidelidad de orden moral que constituyen ultraje o injuria grave contra el honor del otro cónyuge...”⁹⁰

Valencia Zea, sobre el supuesto o condición de la relación sexual extramatrimonial (para que constituya causal de divorcio o de separación de cuerpos) referido a la intención o conciencia de violar el deber de fidelidad, señala lo siguiente:

“... Se requiere la conciencia clara de que con la relación sexual extramatrimonial se está violando la obligación de fidelidad. En consecuencia, no constituyen adulterio las relaciones sexuales extramatrimoniales cuando falta aquella conciencia. De ahí que la doctrina del derecho matrimonial comparado, en forma unánime, excluya el adulterio en casos como los siguientes:

⁹⁰ Ibídem, pág. 34

- a) Cuando la mujer es violentada, teniéndose en cuenta ante todo la violencia física; la violencia simplemente moral no excluye la infidelidad, pero la hace menos grave. Se exceptúa el caso en que la mujer se coloca en condiciones propicias para que sobre ella se ejerza la violencia.

Igualmente el estado de inconsciencia en que se encontraba cualquiera de los cónyuges al realizar la relación sexual extramatrimonial, es eximente de responsabilidad y excluye la infidelidad, salvo que por su culpa se haya colocado o buscado aquel estado.

También la infidelidad cometida por el demente, en razón de la falta de conciencia de su acto, es eximente de responsabilidad.

- b) Objetivamente se requiere siempre que el marido o la mujer sepan que existe el matrimonio y su estado de casados. Por este motivo, si por ausencia prolongada del marido y por noticias de que falleció, la mujer tiene la certeza (subjetiva) de que su matrimonio es disuelto y, como consecuencia, establece relaciones sexuales con otro hombre, no comete adulterio, en caso de que aparezca el marido y se descubra que el matrimonio no estaba disuelto.
- c) Tampoco se considera adulterio culpable aquel en que interviene error acerca de la persona, como cuando la mujer cree que esta acostada con su marido, pero lo está con hombre diferente”.⁹¹

Valencia Zea, en lo que concierne al supuesto o condición de la relación sexual extramatrimonial (para que constituya causal de divorcio o de separación de cuerpos) referido a la inocencia del actor respecto al dolo o intención del demandado, enseña lo siguiente:

“... La relación sexual extramatrimonial no es causal de divorcio (o de separación de cuerpos) cuando el otro cónyuge la consintió, facilitó o la perdonó.

- a) El consentimiento que uno de los cónyuges da para que el otro pueda establecer relaciones sexuales con persona diferente, es, desde luego, contrario a la buena costumbre, pero no implica quebrantamiento de la fe conyugal; y puede haberse expresado antes y con posterioridad al hecho que lo constituye. El aun en el

⁹¹ Ibídem, pág. 34-35

supuesto de que uno de los cónyuges se hubiera obligado por escrito a tolerarlo.

- b) Se requiere que el cónyuge ofendido no haya facilitado o hecho posible el adulterio del culpable o lo haya perdonado. A este respecto, cabe citarse el caso (...) cuando la mujer, sabiendo que su marido va a cometer adulterio y pudiendo fácilmente impedirlo, no lo impide.

La razón de esta tesis es clara. La relación sexual extramatrimonial debe constituir siempre una falta contra el otro cónyuge...

- c) Existe perdón por parte del cónyuge inocente cuando este la permitió al culpable relaciones sexuales después del conocido el adulterio, o por las señales ordinarias de amor conyugal, abrazos, ósculos, etc., que son lícitos entre los casados”.⁹²

Valencia Zea, por último, en lo que atañe al supuesto o condición de la relación sexual extramatrimonial (para que constituya causal de divorcio o de separación de cuerpos) referido a la suficiencia de dicha relación sexual extramatrimonial, sin distinción del sexo de la persona con quien se ha practicado, hace estas afirmaciones:

“... Debe tratarse de relaciones sexuales extramatrimoniales, y ellas pueden haberse realizado: a) con persona diferente del otro cónyuge; b) con animales.

- a) Se entiende, de ordinario, que las relaciones sexuales deben practicarse con persona del sexo opuesto; pero se tienen en cuenta también las relaciones con personas del mismo sexo (caso de homosexualismo). No de otra manera podría ser, por cuanto la promesa mutua de los cónyuges al casarse consiste esencialmente en mantener relaciones sexuales únicamente entre ellos y sería contrario a la ley matrimonial que se tolerara una promesa incompleta, o sea, que el marido se reservara el derecho de mantener relaciones sexuales con otros hombres y la mujer con otras mujeres.
- b) En general, las relaciones sexuales con los animales se equiparan al adulterio”.⁹³

⁹² *Ibíd*em, pág. 35-36

⁹³ *Ídem*.

C. Prueba de la causal de Adulterio

Alterini apunta que el adulterio "... se trata de la violación del deber de fidelidad (...), cuya prueba directa es muchas veces imposible, por lo cual es relevante la de presunciones. Sin embargo, el criterio jurisprudencial de apreciación de estas es severo, prefiriéndose –en caso de duda– considerar que la actitud del cónyuge que se ha exhibido en actitud equivocada con personas del otro sexo constituye injuria grave (...). Pero el adulterio se considera probado con la partida de una matrimonio celebrado en el extranjero en violación de la ley (...); o cuando se inscriben hijos habidos de otro hombre o con otra mujer; etcétera".⁹⁴

El doctrinario Alterini, reafirma lo que la jurisprudencia ha establecido, que si bien es muy difícil probar la relación sexual extramatrimonial, el acto de que el cónyuge culpable se exhiba con persona distinta al consorte, hecho que muy bien encajaría en la injuria grave (duda); pero así como la jurisprudencia ha enmendado y colegido esta causal para su prueba, que solo puede ser probada con la partida de nacimiento del menor inscrito bajo el nombre de una pareja que no es consorte; y así excepcionalmente, la partida de matrimonio celebrado en el extranjero, que el juez foro competente solicitara al juez del foro extranjero.

En la demanda de divorcio por causal que venimos tratando, logra como sustento, o quizá como la única prueba directa al acta de nacimiento del hijo extramatrimonial, donde realmente se comprueba la existencia de la relación adulterina, por eso según la jurisprudencia muy bien comentada por Hinostroza Mínguez, que refiere que: "...La demanda [*sobre el divorcio por causal de adulterio*] [...] solo se sustenta como *causa petendi* del adulterio en el hecho del nacimiento de una hija extramatrimonial de la emplazada, no haciendo mayores afirmaciones respecto a la existencia de relaciones adulterinas, pues aun cuando el actor, señala [...] que la demandada vive con el padre del [*sic*] menor, tal afirmación es insuficiente para ser considerada como otra '*causa petendi*' de adulterio, pues no se precisan circunstancias de lugar y oportunidad de la configuración de los elementos del adulterio, estando en todo caso, expedito el derecho del

⁹⁴ Citado por: Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 36

actor, para ejercitar su derecho de ser el caso respecto de otros hechos constitutivos del adulterio distintos al de la presente causa..."⁹⁵

Según Suarez Franco:

"... La preconstitución de la prueba de esta causal, no es realmente fácil, por dos consideraciones: en primer lugar, porque las relaciones sexuales son o implican hechos de carácter recóndito o reservado, que hacen muy difícil la prueba directa; en segundo lugar, porque la prueba comúnmente aducida en estos procesos es testimonial, en la que intervienen testigos de muy bajo nivel intelectual.

De todas maneras, (...) (se) descarta como prueba plena la confesión de uno de los cónyuges.

Realmente, (...) casi en ningún caso será posible probar las relaciones sexuales por precepción directa; a su demostración tendrá que llegarse mediante indicios que conduzcan al funcionario juzgar a que la ocurrencia de ciertos hechos entre dos personas de un mismo sexo, si son anormales, implican necesariamente o una relación sexual inminente, o que tal relación sexual ocurrió con antelación inmediata".⁹⁶

En opinión de Suarez Franco; obtener la prueba de esta causal, es muy difícil, tanto porque las relaciones se dan en lugares ocultos, reservados, pues es eminente la existencia el dolo, la intención de perjudicar al cónyuge inocente, el otro aspecto como se nombre, es el de carácter testimonial, en donde la barrera lo constituyen los testigos de muy bajo nivel.

Borda dice sobre la prueba de la causal de adulterio que:

"... La prueba del hecho concreto de la unión carnal es en la práctica poco menos que imposible. De ahí que la jurisprudencia ha debido admitir las presunciones, siempre que sean graves, precisas y concordantes.

Sin embargo, el adulterio tiene tal gravedad que los jueces no pueden admitirlo si no existe una prueba inequívoca, que haga nacer la certeza moral de su existencia. Si no se han comprobado más que relaciones más o menos sospechosas entre uno de los cónyuges y un tercero, se

⁹⁵ Hinostrza Minguez, Alberto (2008), "Jurisprudencia Procesal Especial: La Prueba en la Jurisprudencia Casatoria", Tomo I, primera edición, Idemsa S.A., Lima – Perú, pág. 452

⁹⁶ Citado por: Hinostrza Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 36-37

recurre al expediente de las injurias graves, que también permite decretar el divorcio (o la separación de cuerpos).

Se ha considerado suficiente la agregación de las partidas que prueban la bigamia o el matrimonio contraído en el extranjero en fraude de la ley (...); el público concubinato de uno de los cónyuges con un tercero, máxime si se han dado tratamiento de marido y mujer; el aborto o el alumbramiento producido a los varios años de separación”.⁹⁷

Por su parte Belluscio refiere que:

“... Por la índole del hecho, resulta generalmente imposible la prueba directa del adulterio; de ahí que admita unánimemente la posibilidad de acreditarlo mediante presunciones graves, precisas y concordantes. Así, por ejemplo, puede resultar del nacimiento de hijos años después de separados de hecho los cónyuges; (...) del concubinato público con un tercero; de la exhibición reiterada e ininterrumpida del marido con otra mujer, a quien presenta como su esposa, en actitudes propias de amantes; del hecho de que la mujer trabase relación fácilmente con desconocidos y los recibiese en su casa en ausencia del marido o concurriese a las casas a altas horas de la noche; etc.

En todo caso, la prueba debe ser convincente y llevar al ánimo del juzgador una certeza que excluya toda duda razonable, certeza que debe estar basada en hechos, no en interpretaciones subjetivas; si los hechos comprobados dejan lugar a la duda, no debe tenerse por acreditada el adulterio”.⁹⁸

En relación al tema que nos ocupa, Azpiri hace estas afirmaciones:

“En cuanto a la prueba del adulterio, hay que tomar en cuenta la dificultad que se presenta para acreditar un hecho que, generalmente, ocurre en la intimidad y fuera del alcance de la posibles testigos directos de la relación sexual. Sin embargo, en algunos casos de los que ineludiblemente surge la prueba de adulterio, como, por ejemplo, si se acompaña el acta de nuevo matrimonio de uno de los cónyuges, ya que la bigamia permite tener por acreditada esta causal, y lo mismo puede decirse del acta de

⁹⁷ *Ibíd*em, pág. 37

⁹⁸ *Ibíd*em, pág. 37-38

nacimiento de un hijo que uno de los cónyuges ha reconocido, si el otro padre es un tercero.

Por el contrario, en la generalidad de los casos será necesario recurrir a las llamadas presunciones para tener por acreditado el adulterio. Estas presunciones deben ser graves, precisas y concordantes.

Se podrá probar el adulterio mediante la prueba directa de una serie de hechos de los cuales puede deducirse lógicamente la existencia del hecho principal que se quiere acreditar. Por ejemplo, si se prueba que uno de los esposos salía de un albergue transitorio con una persona del otro sexo que no era el otro cónyuge, se está acreditando un hecho del cual puede deducirse lógicamente la existencia de la relación sexual adulterina.

Al igual que en todos los casos de separación causada, la prueba confesional no puede bastar por sí sola para acreditar la existencia del hecho a demostrar”.⁹⁹

Largimarsino y Uriarte analizan lo concerniente a la prueba de la causal de adulterio de este modo:

“La dificultad en la prueba del adulterio constituye uno de los aspectos principales de esta causal. Inicialmente se había cuestionado si la misma podía ser acreditada por medio de presunciones, o si debía exigirse una prueba inequívoca que hiciera nacer la certeza moral de su existencia. Ante los inconvenientes surgidos en la práctica con la prueba directa del adulterio, (...) (los) tribunales coincidieron en admitir la prueba de presunciones siempre que estas fueran graves, precisas y concordantes, es decir, que permitan conducir natural y razonablemente a la convicción de que se está en presencia de una relación adulterina. No obstante las circunstancias diversas que pueden darse en cada caso, la prueba indiciaria debe llevar al ánimo del magistrado el conocimiento absoluto de la existencia de las relaciones sexuales que se imputan.

Se consideran suficientes como hechos demostrativos del adulterio, la acreditación de que uno de los cónyuges comparte una misma habitación con persona del otro sexo; la presentación del acta de matrimonio del marido bígamo; (...) el alumbramiento de un hijo extramatrimonial y el

⁹⁹ Ídem.

trato de esposa dispensando públicamente a la progenitora por el demandado; el encierro de la esposa durante horas con otro hombre en ausencia del marido; las anotaciones llevadas por la esposa en su diario íntimo; cuya autenticidad fue confirmada por prueba testimonial; (...) el concubinato mantenido públicamente con un tercero; la ocupación de una habitación de un hotel por uno de los cónyuges y otro acompañante. También se ha estimado probado el adulterio a través de la corroboración de las continuas entradas y salidas de la demanda de un alojamiento con personas del sexo opuesto; (...) la reiterada concurrencia de un hombre al domicilio de la esposa luego del retiro de su marido (...); el aborto producido luego de varios años de separación; (...); el agregado de una partida de matrimonio extranjera donde se acredita la celebración por el cónyuge de un matrimonio fuera del país (...).

El criterio de apreciación de la prueba en este tipo de proceso debe ser amplio, debido a los (...) inconvenientes que se suelen presentarse a los esposos en la acreditación del adulterio. No obstante, esa amplitud no puede ir en desmedro de la fuerza de convicción que los medios probatorios debe alcanzar a los efectos de llevar al espíritu del magistrado la seguridad de que son ciertos los hechos que se invocan, convicción que será formada de acuerdo a las reglas de santa crítica...”.¹⁰⁰

Rebora señala al respecto lo siguiente:

“... La prueba del adulterio (...) es ante todo una prueba de presunciones (...). (...) Las referidas presunciones graves, precisas y concordantes, han de nacer de una serie de hechos que dentro de cierto medio social y con la guía constituida por experiencia propia del mismo, traduzcan, entre el cónyuge imputado y un tercero, relaciones incompatibles con la fidelidad que impone el matrimonio (...), lo que ocurre, por ejemplo, cuando las pretendidas presunciones deriven de hechos constitutivos de meras imprudencias, o extravagancias (...), como puede haber ocurrido al retratarse con otras mujeres y al haberse presentado con ellas, a deshoras, en lugares públicos y en salones de bailes (...) e igualmente al retratarse en compañía de un hombre que no es el marido, cuando, de acuerdo con hábitos corrientes en la nación de donde la mujer procede,

¹⁰⁰ Ibídem, pág. 38-39

tal hecho, considerado, aisladamente, no tuviera otro significado que el de una simple expresión de amistad (...).

(...) El adulterio se prueba por presunciones, las cuales de ser graves, precisas y concordantes (...).

Así, por ejemplo, la presunción ha podido ser creada por cartas que la concubina haya dirigido al marido y que la esposa haya presentado, con la demanda, si ha demás ha mediado la corroboración que resulta de declaraciones de testigos que afirman haber visto al marido entrar a la casa de la autora de dichas cartas y haberlos visto concurrir, juntos, a sitios públicos (...); o por el hecho de haber establecido, la mujer casada, habitación con otro hombre (...); o, en el caso del marido, por el hecho de haberse establecido con otra mujer, fuera del hogar, y mostrarse en sitios públicos, en compañía de la misma mujer (...); o por el hecho de haber sido reconocida por el marido la paternidad de un hijo dado a luz, durante el matrimonio, por mujer que no era su cónyuge (...).

Tales hechos, pues, y otros semejantes (...) informan suficientemente sobre las circunstancias en que las presunciones graves, precisas y concordantes pueden considerarse reunidas. Ellas, desde luego, han de conducir necesariamente al reconocimiento de la infidelidad, con la cual deben guardar relación directa e inequívoca, que no puede depender de un tercero, con su propio criterio, la suponga establecida...”¹⁰¹

2) CAUSAL DE VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA

La causal (de separación de cuerpos y divorcio) de violencia física y psicológica es conocida en la doctrina y la legislación comparada como sevicia y malos tratamientos.

A juicio de Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, la sevicia “... consiste en la crueldad excesiva. Como causal de divorcio (o de separación de cuerpos), se da cuando uno de los cónyuges, dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja el hecho del otro, trasponiendo los límites

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 39-40

del recíproco respeto que supone la vida en común. Al igual que las injurias, viola el derecho al buen trato y cortesía”.¹⁰²

Para Carbonier, “... las sevicias consisten en el empleo de vías de hecho, es decir los malos tratos que uno de los cónyuges infiere al otro; su valoración se efectúa en función del ambiente social”.

En opinión de Borda, “... la sevicia consiste en los malos tratamientos realizados con crueldad y espíritu de hacer sufrir. Se requieren, pues, dos elementos: uno físico, los malos tratos; otro psicológico, la intención despiadada de hacer daño”.¹⁰³

En palabras de Azpiri, la sevicia “... es la agregación física en la que el medio empleado es especialmente pensado para lograr un mayor sufrimiento, requiere esa irracionalidad, por ejemplo, el hecho de golpear en una herida no cicatrizada, quemar con un cigarrillo o ponerse al agresor, para golpear, un puño de acero...”¹⁰⁴

Pavón asevera “... la sevicia representa una crueldad excesiva, que ocasiona un sufrimiento intenso y, por consiguiente, no es necesario que se produzcan muchas veces; todo depende, de cualquier manera, de la interpretación de las circunstancias de cada situación...”¹⁰⁵

Rébora concibe en la sevicia como “... la violación desarrollada por uno de los cónyuges sobre la individualidad anatómica y fisiológica de su consorte, en acción o en acciones de carácter brutal que trasponen con empuje incontenible las limitaciones emanadas del recíproco respeto y propias de la vida en común. Es la truculencia, pues, lo que puede tomar el nombre de sevicia o de crueldad y caracterizarse, así, bajo las formas del traumatismo...”, “... *la calificación de la sevicia no depende de la posición social de los esposos (...), (...)* el brutal bofetón o el denigrante puntapié –uno u otro– son tan injustificables, son tan oprobios en el matrimonio más humilde como en el de mayor encumbramiento”.¹⁰⁶

¹⁰² Citado por: Hinostroza Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 40

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Ibídem, pág. 41

¹⁰⁶ Ídem.

Largomarsino y Uriarte hace notar que "... el espíritu de hacer sufrir que importan las sevicias requiere de dos elementos, uno físico –malos tratos–, y otro psicológico –la intención despiadada de hacer daño–..."¹⁰⁷

Alterini indica sobre el particular que "... en la sevicia hay un elemento intencional determinante: el propósito de hacer sufrir (advírtase que en las injurias... el propósito es ofender). Además, un elemento material: los malos tratamientos. Diríamos, pues, que la sevicia importa malos tratamientos con el propósito de hacer sufrir, ejecutados con crueldad; por ello mismo es frecuente que los hechos atribuidos al cónyuge como sevicia sea calificados por el juez como malos tratamientos, por la dificultad de escudriñar el elemento intencional de su autor".¹⁰⁸

Belluscio, acerca de la sevicia, enseña lo siguiente:

"... La sevicia, (...) causal de divorcio (o de separación de cuerpos) (...) ha dado lugar a dificultades en cuanto a la determinación de su concepto. En general, puede decirse que consiste en los actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir material o moralmente.

Tratase, pues, de malos tratamientos calificados (...) y sus elementos son el propósito de sufrir y la crueldad en la ejecución del acto. No es necesario que haya pluralidad de actos, (...) porque un solo acto de sevicia, de particular crueldad, puede por su importancia suplir al número.

Por lo general, y salvo casos excepcionales, es una causal que solo tiene lugar por parte del marido, pues supone un estado de subordinación, inferioridad o debilidad física de la víctima. (...) ejemplos jurisprudenciales de esta causal (...) son el de un marido que incitaba a los hijos a dar puntapiés en las piernas de la esposa, sabiendo que ella padecía de varices, procediendo que le provocó una fístula, y el de otro que le daba golpes cachetadas y tirones del cabello".¹⁰⁹

En palabras de Augusto Barreto, "Se entiende por sevicia, los maltratos psicofísicos proferidos por uno de los cónyuges en agravio del otro. Así, se ha definido a la sevicia como 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

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ *Ibidem*, págs. 41-42

común. Estos maltratos pueden ser ocasionados por la vía de acción o de la omisión, siempre que tenga generalmente cierta frecuencia, dependiendo en todo caso de la educación y costumbre de los cónyuges. En cuanto a la Sevicia producida por la vía de la acción, no requiere mayor explicación, lo que no sucede al ocasionado por la omisión".¹¹⁰

En lo concerniente a los malos tratamientos, Belluscio apunta que:

“Sobre el concepto de malos tratamientos no hay uniformidad en la doctrina. Para algunos autores (...) coincide en el proyecto jurídico con el vulgar, de modo de modo que corresponderían a las agresiones físicas o vías de hecho. Sin embargo, prevalece la idea de que no es así, sino que los malos tratamientos pueden ser tanto materiales como morales (...).

(...)

Los malos tratamientos se diferencian de la sevicia en que, si bien en ambos casos existe un propósito de hacer sufrir, en la segunda ese propósito es ejecutado con crueldad, y en los primeros, no. De las injurias graves se distinguen en que es necesario que se trate de un comportamiento habitual o frecuente, mientras que en las injurias basta un hecho único de suficiente gravedad para configurarlas”.¹¹¹

El citado jurista señala, además, que “... se ha juzgado que hay malos tratamientos en las agresiones físicas, en los castigos corporales frecuentes, en las rencillas constantes provocadas por la intolerancia o el carácter violento de uno de los esposos, en la privación de alimentos y abrigo, en la pasividad del marido que permite que su madre someta a vejámenes y malos tratos de hecho y de palabra a su esposa, y la reduzca a un estado de sometimiento incompatible con su condición, y en el hecho de menoscabar del tal modo al otro cónyuge, en el hogar o ante terceros, que no pueda desenvolverse con la consideración y el respeto a que tiene derecho como ser humano”.¹¹²

Ripert y Boulanger sostienen que “... hay malo trato (“exceso”) a partir del momento en que sobrepasan los límites de lo permitido, mientras que

¹¹⁰ Barreto Muga, Augusto (1994), "Manual teórico práctico de los procesos judiciales", Tomo I, Séptima Edición, Editora Fecat E.I.R.L., Lima – Perú. pág. 103

¹¹¹ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit., pág. 41-42

¹¹² Ídem.

la palabra “sevicias” expresa una forma particular la idea de crueldad”.¹¹³
Los indicados tratadistas agregan que:

“... Cuando el divorcio (o la separación de cuerpos) es solicitado por malos tratos (excesos, sevicias o injurias) se establece una especie de compensación entre la conducta de ambos cónyuges, en el sentido de que los hechos que se reprochan al demandado pueden estar atenuados por el modo como su cónyuge se condujo; se le reprochan al demandado pueden estar atenuados por el modo como su cónyuge se condujo; se le reprochan vías de hecho, palabras injuriosas, pero estaba tal vez dominado por la cólera, y se deben tener en cuenta las circunstancias que la provocaron.

Así, se ha considerado que los agravios alegados por el demandante pueden no ser suficientemente graves como para justificar su demanda cuando están excusados en parte por sus propios agravios hacia el otro cónyuge (...).

(...) Hay un simple ejercicio por el juez de su poder de verificación y calificación de la falla que justifica el divorcio (o la separación de cuerpos). Se deben tener en cuenta los diversos elementos de la causa para decidir si hay o no una falta grave. Si bien la excusa de provocación puede efectivamente atenuar la gravedad de ciertos hechos, es preciso mantener el principio de que los agravios de un cónyuge son independientes de los agravios del otro...”¹¹⁴

Borda expone sobre el tema siguiente:

“... Según algunos autores, los malos tratamientos consistirían en todo hecho o actitud que importe no acordar al otro cónyuge, en las relaciones de familia, la situación que le cuadra y la posición de igualdad, respeto y consideración recíproca. Por nuestra parte, pensamos que este concepto es perfectamente aplicable a las injurias y que si se acepta también para los malos tratos, ambas causales se confundirían (...). Creemos necesario, por tanto, reservas (sic –léase *reservar*–) estas palabras para la agresiones físicas, que es significado que ellas tienen en el lenguaje común.

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Ibídem, págs. 42-43

(...)

(...) Un solo hecho, si es grave, se requiere que su frecuencia haga intolerable la vida en común. Sin embargo, la jurisprudencia ha eliminado el interés práctico de esta distinción (...); toda agresión física, aunque sea única y no grave, importa por lo menos una injuria, de tal modo que por una u otra vía el divorcio (o la separación de cuerpos) debe pronunciarse”.¹¹⁵

Largomarsino y Uriarte nos informan al respecto que “... se sostuvo por un sector de (...) (la) doctrina que los malos tratamientos se referían a las agresiones físicas o a los hechos que representan un ataque material, es decir a las lesiones o heridas que por su gravedad no pudiesen ser consideradas como actos de tentativa contra la vida del cónyuge. Por el contrario, la doctrina mayoritaria se inclinó por dar como englobados en el supuesto a las agresiones morales. Si bien ambas posturas fueron receptadas en la doctrina judicial la línea conceptual dominante en esta se caracterizó por referir tal noción tanto a las vías de hecho como a las conductas en las relaciones de familia que importan no acordar al otro cónyuge la posición de igualdad, respeto y consideración recíproca”.¹¹⁶

A decir de Rebóra:

“Los malos tratamientos interfieren en la vida matrimonial cuando faltan en esta elementos morales supuestos por la comunidad y se cae en la pretensión de disposiciones solícitas o en violación de abstenciones implícitas que la vida en el hogar hace exigibles (...). Pueden consistir en acciones torpes o sutiles; ásperas o refinadas. El egoísmo y la perversidad pueden mostrarse en ellas como matices infinitos, de los cuales podrían no estar excluidos ni siquiera los de la deferencia; ni siquiera los de la cortesía; ni siquiera los de la ternura. Inmiscuida la maldad, hasta los actos más simples se subordinan al tono: lo más fragante puede hacerse acre; lo más suave puede hacerse cáustico. Pero solamente las acciones muy torpes o muy rudas –próximas, pues, a la sevicia– podrían ser invocadas como justificativo de actos de abandono, anteriores a cualquier remedio judicial (...).

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Ídem.

Entre tanto, (...) las rencillas provocadas por diversidad de puntos de vista en cuanto al manejo de los intereses patrimoniales –por ejemplo– no implican, por si mismas, malos tratamientos. Los esposos tienen el deber de tolerarse recíprocamente todo lo que sea menester para la prudente conciliación de sus respectivos derechos: a ellos les incumbe sufrir en silencio muchos ligeros agravios consistentes, por ejemplo, en rudeza de lenguaje o de manera que, sin ser justificables y mucho menos recomendables, son propias de tal o cual temperamento individual y más o menos llevaderas según la condición de las personas (...).

Pero tales acciones u otras semejantes solo llegan a construir malos tratamientos, y estos a erigirse en causa de separación o de divorcio, *cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal...*¹¹⁷

Valencia Zea, en lo que atañe al trato cruel y a los malos tratamientos de obra como causal de divorcio (o de separación de cuerpos), expresa que:

“El trato cruel es la conducta desconsiderada hacia el otro cónyuge; los maltratamientos de obra son igualmente ataques o injurias, pero estos últimos provienen de acciones materiales de que son ejemplos los golpes, las lesiones personales, etc.

(...) En cada caso concreto, el juez apreciara la gravedad del ataque (...) o los maltratamientos de obra según el estado de costumbres, la educación y el medio en el cual se han producido (...).

En general, los ataques (...), el trato cruel o los malos tratamientos de obra deben ser intencionales; por ese motivo, una herida involuntaria no alcanza a construir injuria o ataque; tampoco las palabras injuriosas o las heridas que el cónyuge loco dirija al otro (...).

(...) El trato cruel y los malos tratamientos de obra han de revestir tal gravedad que deben producir algunos de estos resultados: a) en cuanto a los maltratamientos de obra, construir un peligro para la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o sus descendientes; b) en cuanto a los simples ataques o injurias, deben de hacer imposible la paz y el sosiego doméstico”.¹¹⁸

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 43

¹¹⁸ *Ibidem*, págs. 43-44

Suarez Franco, al estudiar los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra como hechos configurantes de causal de divorcio (o de separación de cuerpos), anota, en primer lugar, que "... la causal contempla la agregación por parte de uno de los cónyuges al otro por medio de palabra o de obra. Dicho autor precisa que... el trato cruel se refiere a los actos de carácter moral, ya que los de carácter físico se entienden involucrados en los maltratamientos de obra. Son muchos los matrimonios que se terminan por la acción u omisión de uno de los cónyuges dirigida a exasperar al otro; ciertos comportamientos habituales tendentes a producir desequilibrios psíquicos en el otro cónyuge con clara expresión de trato cruel".¹¹⁹

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 –inciso 2)– del Código Civil, la violencia física o psicológica constituye causal de separación de cuerpos.

"Dicha causal consiste, pues, en los maltratos físicos o ataques en el estado anímico que sufre uno de los cónyuges (generalmente la mujer) por parte del otro. Tratándose de la violencia física, debe producirse daño en la integridad física o corpórea del cónyuge afectado, no exigiéndose un determinado grado de maltrato o agresión, pues el inciso 2) del artículo 333 del Código Civil establece que el juez apreciara tanto la violencia física como psicológica según las circunstancias. Se deja así al criterio judicial la valoración de ambas formas de violencia. La violencia psicológica consiste en el trato cruel, faltar el respeto, menospreciar, ofender y causar temor al otro cónyuge, quien de esta manera se ve afectado seriamente en su estado psíquico o anímico".¹²⁰

Acerca de la causal de violencia física y psicológica, tenemos que es la agresión directa hacia el cónyuge, en el aspecto de la violencia psicológica se tiene, que es aquella que causa trauma en el cónyuge inocente, es decir, se usan improperios y ofensas, que hieren hondamente la dignidad del cónyuge, provocando así, una disminución en su autoestima, según la doctrina, enmarca que la agresión (psicológica), puede muy bien ser de palabra o de obra, es decir que con palabras de calibre alto se puede ofender al otro cónyuge, y de obra

¹¹⁹ *Ibíd.*, pág. 45

¹²⁰ *Ibíd.*, pág. 46

puede ser aquellos actos destinados a ofender, como lo es exhibir conductas íntimas.

Por maltrato físico, se entiende a aquellos actos que disponen la agresión corpórea, los cuales causen cortes, moretones, hematomas, equimosis, entre otras marcas en el cuerpo; estas descripciones se pueden ocasionar con patadas, puñetes, o con objetos contundentes como palos, correas, piedras, entre otros objetos destinados a lesionar o lacerar el cuerpo del cónyuge agraviado.

Hay que tener en cuenta, que nada justifica la violencia de ninguna clase, así medie provocación u conducta molesta por parte del otro u otra, no es eximente, ni mucho menos justificación, el ser humano como tal es un ser pensante y dueño de la razón y entendimiento, por lo tanto no coadyuva a la realización de la violencia, es más grave aún, si el que medio en esta causal, mantiene una línea de educación y respeto, esto atendiendo al grado de instrucción, pues a nuestro parecer la causal de violencia psicológica, tiene mucha relación con la injuria grave.

Máxime aún, en lo que respecta a la violencia física, que necesariamente, requiere de una pericia del médico legista, quien en su informe dictara los días de incapacidad, que de acuerdo al juez que lleve el proceso de divorcio por causal, es quien debe apreciar y valorar tal conducta del cónyuge culpable y agresor, pues es nuestra opinión que solo basta la agresión para que se configure la causal de violencia física, pues como sucede en el caso penal, solo por citar por ejemplo; que el juez penal califica la desfiguración de rostro de acuerdo a los días de incapacidad, según ordene el médico legista, pues en nuestra posición, reafirmo de manera contundente, solo basta la desfiguración de rostro para que se concrete el delito, de la misma forma sucede en para la causal de violencia física, no debe mediar, atenuantes ni apreciaciones medias, pues por lo general, es siempre la mujer quien sufre aquellos daños por parte de su cónyuge, llegando incluso a atentar contra la vida, es ahí donde se encuentra, estrictamente relacionada la causal de atentado contra la vida del cónyuge, pues la violencia desatada es un paso, o una distancia muy estrecha al atentado contra la vida, salvaguardando el animus necandi (tentativa).

De acuerdo con el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997; de acuerdo con las conclusiones finales, en el –Tema 10: Divorcio por Causal–, "Se tienen criterios para discernir la causal de violencia psicológica en los casos de divorcio. ¿Qué valor o eficacia probatoria tiene el expediente de violencia familiar para acreditar una causal de divorcio?

Se aprobó por consenso que la causal de violencia psicológica debía ser evaluada tomando en consideración el carácter dañino, vejatorio, intimidante, amenazante de desprecio presente en el acto, la frecuencia con que se producen los actos, la intención de causar daño y el sufrimiento moral.

Por otro lado, se acordó también por consenso que el expediente de violencia familiar es un medio probatorio idóneo como documento público para acreditar una causal de divorcio; pero debe ser apreciado conjuntamente con otras pruebas aportadas".¹²¹

De lo acotado es importante y resaltante, pero no muy lejos de la causal, es acerca de la prueba, pues es bien de saber que los procesos tramitados (denunciados) primero ante el Ministerio Público, y que luego llevados al Poder judicial, se conducen procesalmente hablando en el proceso de violencia familiar (Ley N° 30364 del 23/11/15), pues dejando de lado el fallo judicial, se debe de tener en cuenta, este antecedente como una prueba preconstituida, ya que obra en el expediente razones e indicios suficientes para entablar la demanda de divorcio por la causal que venimos tratando; en todo caso deben valorarse en conjunto con las demás pruebas postuladas al proceso.

Como un último comentario y agregado a la violencia psicológica, muy bien dentro de esta causal, se puede sobreentender o agregar los celos injustificados hasta enfermizos, que para nada permiten hacer la vida en común entre los cónyuges y que por lo tanto genera un ambiente de desconfianza y sufrimiento en uno de los cónyuges; es así que la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-967/14, expresa que: "Los celos enfermizos de uno de los cónyuges generan un estado de tensión o angustia que acredita el sufrimiento de un trato cruel; lo cual a su vez habilita la solicitud de divorcio. Este criterio fue establecido en una

¹²¹ Plenos Jurisdiccionales: Civil/Familia/Penal/Laboral (2002), Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo – Perú, págs. 37-38

reciente sentencia... En el fallo materia de análisis se revoca la decisión judicial que rechazó por falta de pruebas de una demanda de divorcio por la causal de maltrato doméstico, en la que precisamente se alegaba los celos domésticos del esposo de la accionante. Al respecto, el autor resalta que al analizar el caso controvertido se haya empleado un enfoque de género y recomienda que esta perspectiva sea a su vez adoptada en la administración de justicia en nuestro país".¹²²

La Corte suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o divorcio) consenciente en la violencia física o psicológica, ha establecido lo siguiente:

- "... La violencia física que contempla el inciso segundo del Artículo trescientos treintitres el (sic –léase del–) Código Sustantivo, se entiende como el trato reiterado, excesivamente cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultrajes de hecho a su consorte y salva así los límites del recíproco respeto que ambos se deben..." (Casación Nro. 1992-T-96/Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-03-1998, págs. 551-552).
- "... La causal de violencia física se configura con un acto intencional, de fuerza de un cónyuge sobre el otro, que le cause daño objetivamente constatable y que determine la imposibilidad de la vida en común que obliga el matrimonio". (Casación Nro. 2241-1997/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-10-1998, págs. 1941-1942).
- "... La causal de sevicia o violencia física 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 no solo hace mortificante la vida en común, sino que altera gravemente las relaciones familiares..." (Casación Nro. 112-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8111-8112).

¹²² Rodríguez Campos, Rafael; "Los celos enfermizos son causal de divorcio: Apuntes sobre la sentencia T-967/14 de la Corte Constitucional de Colombia", Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional (Tomo 86): febrero, 2015, pág. 251

- "... A diferencia de lo que sucede con la causal de divorcio por condena por delito doloso establecida en el inciso decimo del artículo trescientos treintitres del Código Civil, en la que se requiere necesariamente la existencia de una sentencia condenatoria, en la causal de sevicia o violencia física no se requiere esta exigencia, pues el Juez Civil tiene la facultad de apreciar si el hecho denunciado califica como sevicia, no obstante que no hubiera seguido la acción civil o penal correspondiente..." (Casación Nro. 112-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8111-8112).
- "... El plazo de caducidad en el caso de la causal de divorcio por sevicia o violencia debe ser computado a partir de la fecha en que se produce la causal o el hecho que configura la sevicia; no siendo por ello factible que se interrumpa este plazo por el hecho de que en otra vía se hubiera seguido la acción correspondiente por las lesiones ocasionadas, por cuanto el artículo trescientos treintinueve del Código Civil contiene un plazo de caducidad que no admite suspensión o interrupción alguna, tal como lo establece el artículo dos mil cinco del Código Civil; [...] la Sala de revisión en la sentencia de vista [...], que reproduce los fundamentos de la apelada [...] ha considerado la fecha de la expedición de la sentencia penal condenatoria por el delito de lesiones, para efectos del cómputo del plazo de caducidad de la acción de divorcio por la causal de sevicia o violencia física; incurriendo por ende en la interpretación errónea del segundo párrafo del artículo trescientos treintinueve del Código Civil,¹ que establece que la acción de divorcio por la causa..." (Casación Nro. 112-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8111-8112).
- "... Para que dicha causal (violencia física) se configure, no requiere, como propone el recurrente, una pluralidad de agresiones..." (Casación Nro. 675-1998/Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20-11-1998, págs. 2069-2070).

3) CAUSAL DE ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE

Tal como lo señala el artículo 333 –inciso 3)– del Código Civil, constituye causal de separación de cuerpos el atentado contra la vida del cónyuge (denominada en la doctrina y la legislación comparada como causal de tentativa contra la vida del otro cónyuge).

Según Enneccerus, Kipp y Wolff, "causa de divorcio (o de separación de cuerpos) es la asechanza contra la vida (...). Se requiere que un cónyuge atente (contra derecho y siendo imputable) contra la vida del otro; y es indiferente que se haya llegado o no a un intento adecuado o que se trate solo de un acto preparatorio".¹²³

Pavón refiere que:

"... Como es natural, esta causa representa un grave ataque que debe reinar en el matrimonio (...).

Si uno de los cónyuges ha atentado contra la vida del otro, sea directamente, sea indirectamente, quiere decir que la convivencia es imposible ante el peligro que representa para el otro".¹²⁴

Alterini apunta sobre la causal de divorcio (o la separación de cuerpos) que "... se exige que el atentado contra la vida sea doloso, con intención de producir la muerte, aunque –lógicamente– no debe haberla producido (...). Hay que tener también presente que algunos hechos materiales que no tienen propósito de poner en peligro la vida del otro cónyuge pueden caer en la causal de injurias graves..."¹²⁵

Gómez I Sinde dice de la causal de condena por atentar contra la vida del cónyuge lo siguiente:

"Esta causa solo puede aducirse en el caso de que se produzca. La solicitud de divorcio (o de separación de cuerpos) ha de ser formulada por el cónyuge agraviado, pues el otro, con su conducta ilícita, ha truncado la comunidad material y espiritual del matrimonio.

La gravedad de los hechos que supone el intentar contra la vida del cónyuge (...) revela la imposibilidad de una convivencia conyugal y

¹²³ Citado por: Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 48

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Ídem.

justifica en base a la situación objetiva creada, que se pronuncie el divorcio (o la separación de cuerpos).

Requiere esta causa que la condena se firme. Para solicitar el divorcio (o la separación de cuerpos) (...) se tiene en cuenta (...) que existía una sentencia condenatoria por haber atentado contra la vida del cónyuge..."¹²⁶

Borda sostiene que:

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

Si por las características del arma empleada o por otras circunstancias que rodearon el hecho queda de manifiesto que no hubo intención de matar, sino simplemente de herir, producir lesiones, desfiguraciones de rostro, etc., no procede declarar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal. Lo cual no significa, sin embargo, que haya rechazarse la demanda, pues esos hechos configuran malos tratamientos o injurias graves".¹²⁷

En materia penal se distinguen en el proceso del acto delictivo, los conceptos de "tentativa", "acto preparatorio", y "acto de consumación", etc. Tal terminología puede también adoptarse en materia civil, con la reserva de que algunos casos, hechos que no llegan a configurar tentativa en el derecho penal, pueden sin embargo ser causal de divorcio. Se entiende por tentativa la ejecución incompleta de un delito.

El acto ejecutorio penetra la esfera de realización del delito, aun cuando no lesione la objetividad jurídica del delito que tenía en mira".¹²⁸

Rébora, acerca de la causal que acapara nuestra atención, expresa que:

¹²⁶ *Ibidem*, págs. 48-49

¹²⁷ *Ídem*.

¹²⁸ Carbonell Lazo, Fernando R. y otros (1996), "Código Civil – Comentado, Concordado y Anotado", Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, pag.2773

"... La causa enunciada (...) es (...) la tentativa criminal (...) y referida, en este caso, al homicidio calificado que se habría tratado de cometer con la iniciación del respectivo proceso ejecutivo. Es aplicable a tal situación, pues, la respectiva doctrina sobre empresa criminal, sobre actos de preparación y de ejecución, sobre medios idóneos y medios inidóneos, con las peculiaridades que correspondan al hecho de tratarse de delito que habría intentado realizar, contra otro, uno de los cónyuges (...); pero aun cuando tal aplicabilidad, a nuestra materia, únicamente tiene en vista la determinación del hecho que haya de ser invocado como causa determinante de separación personal, parece natural que la causa no pueda ser mencionada mientras no haya mediado juzgamiento en cuanto a su existencia y que, entre tanto, cualquier ataque a la integridad física deba ser incorporada a cuentas de sevicia, como cualquier otro que no haya causado desmedro de las fuerzas físicas deba serlo al capítulo de injurias..."¹²⁹

Bossert y Zannoni señalan al respecto lo siguiente:

"... desde el punto de vista penal, la tentativa se caracteriza por el comienzo de la ejecución de un delito (...) En este caso, se trata del intento de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro o contra los hijos, sean o no comunes, fuese el cónyuge el autor principal, cómplice o instigador (...).

Como la calificación de la tentativa por el juez del divorcio (o de la separación de cuerpos) no está sujeta a previo juzgamiento en sede penal, se ha planeado la cuestión de determinar si los actos preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista penal, pueden ser considerados como tentativa a los efectos del divorcio (o la separación de cuerpos). Se ha sostenido que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituya causal de divorcio (o la separación de cuerpos).

En sentido contrario, se ha dicho que si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituiría el presupuesto de la causal (...), sin perjuicio de que los hechos configuren injurias graves.

¹²⁹ Citado por: Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 49

Nos parece preferible esta segunda posición, ya que aun cuando los actos preparatorios no sean punibles según el derecho penal, nada obsta a que constituyan injurias graves, y, en su caso, sean causal de divorcio (o la separación de cuerpos)".¹³⁰

Azpiri, en cuanto a la causal de atentado contra la vida del cónyuge predica lo siguiente:

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

Tampoco configura esta causal las amenazas de muerte o la declaración frente a terceros de tener la intención de cometer el homicidio, aun cuando pueden encuadrar dentro de la causa de injurias graves. Por la naturaleza de la acción determinada, se requiere una conducta dolosa, por cuanto no cabe considerar tentativa a los actos que derivan de un comportamiento culposos.

No se requiere de la condena penal previa, porque no está prevista esa sentencia como cuestión prejudicial, aunque es evidente que el resultado de tal proceso tendrá una incidencia fundamental en se civil. Cuando el juez penal ha determinado la inexistencia del hecho o que su autoría no corresponde al cónyuge, el juez civil no puede condenar por la causal que nos ocupa, porque existiría una contradicción insalvable entre ambas sentencias.

Ahora bien si en sede penal se absolvió por falta de pruebas, nada impide que en juicio civil se acredite la existencia del hecho; lo mismo ocurre si el juez penal califico el hecho como de lesiones o abuso de armas, porque el juez civil puede llegar a la conclusión de que existió tentativa de homicidio..."¹³¹

¹³⁰ *Ibidem*, págs. 49-50

¹³¹ *Ídem*.

Belluscio, en lo atinente a la causal de atentado contra la vida del cónyuge, hace estas precisiones:

"... Es causa de divorcio (o la separación de cuerpos) *la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal o como cómplice*. Esta causal supone la intención de provocar la muerte del cónyuge; por consiguiente, no se configura si se trata de un delito culposo ni tampoco si solo hay intención de herir.

Se discute si el término `tentativa` ha sido usado en el sentido que le asigna el derecho penal o en otro, propio de la ley civil (...). La discusión se proyecta concretamente sobre los actos preparatorios del delito, que para la según da de dichas tendencias estarían comprendidos (...) si relevasen la intención formal de atentar contra la vida del cónyuge, mientras que para la primera estarían excluidos por no ser punibles, sin perjuicio de que puedan configurar otra causal, como la de injurias graves.

A mi juicio, el empleo de vocablo `tentativa` –al cual no corresponde sentido alguno distinto del que emplea la ley penal ni jurídica ni gramaticalmente– no puede entenderse sino en tal sentido. Pero el juez civil puede apreciar si los hechos invocados configuran o no tentativa de homicidio, sin que quepa exigir el previo juzgamiento penal, pues lo contrario implicaría introducir una cuestión prejudicial extraña a la ley. En cuanto a los actos preparatorios que no alcanzan a configurar tentativa, pueden ser considerados injurias graves.

Existe, en cambio coincidencia en que no configuran esta causal las amenazas ni las manifestaciones del propósito de atentar contra la vida del cónyuge".¹³²

Largomarsno y Uriarte subrayan que "las conductas sancionables a través de esta causal son las del cónyuge que actuase en las formas siguientes: 1) como autor principal; 2) como cómplice; 3) como instigador de la tentativa de homicidio (...). Ello implica que (...) (se) comprende el accionar del cónyuge que determina a otro la comisión del atentado, teniendo como resultado el haber decidido al instigado a realizar el hecho

¹³² *Ibidem*, págs. 50-51

aun cuando este no le hubiera dado ejecución. No corresponde, en cambio, incluir al encubridor".¹³³

Navarro Belmonte, en lo que concierne a la causal de condena por atentado contra la vida del cónyuge, apunta, en principio que:

"Esta causa de divorcio (o de la separación de cuerpos) (...) descansa sobre dos supuestos facticos, a saber, que haya una sentencia penal condenatoria que haya adquirido firmeza y que esta no la haya sido por un delito cualquiera, sino por atentado contra la vida de (...) el cónyuge (...).

(...)

No se hace referencia a la naturaleza de la pena (...) ni a la duración de las mismas (penas) (...).

(...) No la rehabilitación, ni el adulterio, ni la amnistía, ni la prescripción de la pena puede enervar la presente causa de divorcio (o de la separación de cuerpos) y eso tanto por haberse ya cumplido con la sentencia firme el requisito objetivo exigido, como por la consideración de que la acción ha sido tan grave que no es concebible que ningún hecho posterior pueda ya enjuagarla a los efectos de recuperar la confianza perdida. Si creo, sin embargo, que la enervaría la sentencia dictada en recurso de revisión, dado el carácter de dicho recurso como acción impugnativa de una sentencia firme (...).

Es esta causa perentoria que obliga al Juez a dictar sentencia sin entrar a calificar la sentencia penal.

Es evidente que de cuantas causas de divorcio (o de la separación de cuerpos) se contemplan (...), esta es una de las más justificadas para conducir a la disolución del vínculo. La grave acción de atentar contra la vida de familiares tan directos constituye una conducta moral del culpable para con sus íntimos y es síntoma inequívoco de que un obstáculo insuperable ha aparecido, lo que justifica plenamente la prevención del legislador (...).

(...)

¹³³ *Ibidem*, pág. 52

(...) Viene a ser una especie de sanción civil por violación de los deberes fundamentales de respeto a la vida y no específicamente de deberes conyugales".¹³⁴

Dicho jurista señala, además, sobre la causal en estudio lo siguiente:

"... Es un verdadero supuesto de divorcio sanción (...), pues igual que en los supuestos en que actúa una conducta culpable del otro cónyuge, aunque sea a través de la separación, se requiere castigar al responsable de la misma; y es lógico, pues aquí la ofensa es mayor, por ir en contra de un bien jurídico superior (...), (...) Aquí, al iniciarse la acción, la causa constitutiva de la culpa ya está probada ante el juez en un proceso penal (...).

No creo (...) que sea la expectativa de inconveniencia futura, que normalmente llevara consigo la condena, lo que justifique la causal, (...) además, siempre cabe la posibilidad de un indulto particular.

No puede abordar el criterio de considerar la causal objetiva el hecho de que el Juez, una vez firme la sentencia, no pueda hacer otra cosa que decretar el divorcio (o de la separación de cuerpos), basado en la culpabilidad deducida de la condena penal, pues esto es consecuencia obligada del hecho de haberse verificado la prueba del atentado en el proceso penal anterior y no en el civil de divorcio (o de la separación de cuerpos).

Afirma, además, fuertemente el criterio de la culpa el que se residencia solo la legitimación para accionar (a salvo los casos de concurrencia de mutuo acuerdo procesal) en el cónyuge del autor del atentado".¹³⁵

El tratadista Belmonte, al concluir que el Juez civil, basándose en la condena de culpabilidad (en el proceso penal), decreta el divorcio (o también la separación de cuerpos), pues como se afirma, es razonamiento adecuado la verificación y valoración de las pruebas presentadas en el otro proceso condenatorio por intento de homicidio; debe existir profunda convicción el hecho de decretar el divorcio por causal por el atentado contra la vida del cónyuge (o también la separación de cuerpos).

¹³⁴ *Ibidem*, págs. 52-53

¹³⁵ *Ídem*.

Navarro Belmonte, refiriéndose esta vez a las formas de participación criminal idónea para construir la causal de condena por atentado contra la vida del cónyuge, expone lo siguiente:

"Hay que determinar quién puede ser sujeto activo del delito de atentado contra la vida en que descansa esta causal de disolución y que formas participación son apropiadas a la mismas.

Es claro que la integra el autor del delito (...). También conviene a la causal `el que fuerza a otro ejecutarlo` (...). También por ser aplicable el delito de atentado, el autor mediato, si el inmediato no actúa típicamente. Y en el caso de que el sujeto provoca un error, exculpante o no, en quien realiza el hecho, logrando así la finalidad que se proponía. Dudoso él que se vale de un inimputable para cometer el hecho porque en él puede constituirse sin dificultad una inducción.

(...)

Y el que provoca, si no va seguido de la perpetración del delito, pues caso de acontecer dicha perpetración responderá como instructor (como autor) (...).

Y el provocador, aunque no se perpetre el delito, convendrá a la causa (...), por la malicia que tal conducta implica, aunque le falte el valor o la determinación para inducir a otro a cometerlo. Y todo ello en concordancia con el sistema de divorcio sanción que (...) informa la causal (...). Razonamiento que puede aplicarse al encubridor, aunque su participación posterior me obligue a emitir esta opinión con ciertas reservas.

Se muestran de acuerdo con que se ha de penar como autor, cómplice o encubridor (...) la generalidad de los autores..."¹³⁶

Podemos convenir con el autor que, en esta causal se enmarcan los delitos dolosos, mas no los delitos culposos (aun cuando estos sean en forma gravísima), que en un sentido lato, atentan contra la integridad de la persona, en el caso contra el consorte –entiéndase por daño a la integridad (del consorte) a las lesiones que pudiera ocasionarse durante un ataque violento–; es pues que atentar contra la vida (intención de

¹³⁶ *Ibidem*, págs. 53-54

quitar la vida), media rotundamente el dolo, como se dice: premeditación, alevosía y ventaja.

Así también podemos ser parte del razonamiento acerca de la cuestión prejudicial, donde a nuestro parecer no debería constituir prerequisite necesario para integrar una causa de divorcio (o también la separación de cuerpos); no se puede exigir una condena penal previa, para saltar en frente la demanda de divorcio por causal –para el caso de la causal de atentado contra la vida del cónyuge–, aun cuando en proceso paralelo distinto (proceso penal), se trate de resolver la suerte del cónyuge que media como autor, instigador o cómplice del atentado contra la vida; poniéndose aparte el efecto de la sentencia que pudiera causar en el proceso paralelo que trata sobre la causal de divorcio (o también la separación de cuerpos) .

Puntos aparte de la causal de atentado contra la vida del cónyuge, caemos en el razonamiento de que debe existir necesariamente el animus necandi, es decir la disposición de quitar la vida a otra persona, en este caso la del cónyuge, ya sean por actos preparatorios, de manera directa o indirecta (instigación y complicidad), dejamos de la lado el modo como se comete el delito (iter criminis) y el modo de cesar la vida (patadas, puñetes, golpes en general; también apoyado en objetos contundentes, u armas).

El incordio, o lo que confunde este razonamiento es que, tanto la violencia física y el atentado contra la vida del cónyuge, guardan un nexo, o cierta relación, toda vez que, lo uno es consecuencia de lo otro, tomando como punto de partida, como principio, que luego de excesiva y reiterativa, deviene el atentado contra la vida del cónyuge, o poco más preciso, de manera de suerte o azar, a veces la violencia termina en muerte del cónyuge y otras no, esta es una cuestión que más adelante desarrollaremos como propuesta de nuevas causales.

4) CAUSAL DE INJURIA GRAVE QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN

En palabras de Carbonier, "... la injuria conyugal es la infracción del ordenamiento matrimonial compuesto de obligaciones y derechos. Se

requiere, además, que los hechos ofrezcan un carácter ultrajante y ofensivo, tanto si ocasionan una violenta reacción nerviosa en el cónyuge inocente como se suponen un atentado a su honorabilidad..."¹³⁷

Trabucchi califica a la injuria como "... el hecho de acarrear conscientemente al cónyuge un grave sufrimiento o mengua moral..."¹³⁸

Para Valenti, la injuria "... equivale a agravio, hecho o dicho contra razón o justicia; está representada por todo hecho u omisión que, por su gravedad, hiera la justa susceptibilidad del otro cónyuge, conforme con su educación y posición social de los esposos".¹³⁹

Pavón estima que las injurias graves "... deben producir una impresión intensa, desagradable e irritante para la persona del cónyuge a quien se hace objeto de ellas, ya se refieran a su dignidad, honor, decoro de su persona, familia, etc."¹⁴⁰

Ripert y Boulanger aseguran por su lado que "... la injuria (...) es algo hecho por uno de los esposos contra el otro, en violación de sus deberes mutuos de respeto y afecto..." Tales tratadistas precisan que "... la expresión injuria no tiene un significado preciso en materia de divorcio (o de la separación de cuerpos). Comprende todas las palabras, actos y hechos contrarios a las obligaciones del matrimonio y a la dignidad de la vida conyugal".¹⁴¹

A juicio de Arias, "la injuria (...) ha de caracterizarse (...) como aquella lesión, hecha *animo injuriandi*, a la dignidad, respeto y consideración que se merece un cónyuge por parte del otro; siempre que ella no importe adulterio, malos tratos u otra hipótesis legal de divorcio (o de la separación de cuerpos); o que la prueba de estos, si bien justifica el agravio, resulte insuficiente".¹⁴²

Entonces como hemos visto hasta el momento, el significado de injuria, es una falta de consideración del cónyuge culpable hacia el cónyuge inocente, faltando el respeto, la honra y la dignidad, que con hechos u omisiones, que provocan el resquebrajamiento de la institución

¹³⁷ Citado por: Hinojosa Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 55

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Ídem.

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ Ídem.

¹⁴² Íbidem, pág. 56

matrimonial, pues es contrario al juramento hecho durante las nupcias, donde se proclamaron el respeto mutuo; con las injurias queda olvidado tal compromiso; y como grave que sea pasa a ser causal de divorcio (o de la separación de cuerpos) como lo señala la norma.

Puig Peña, en relación a la causal examinada en este punto, refiere que, "por lo que respecta a las injurias graves, ha sido esta (...) la causa divorcial mas manejada, y cabe decir, en orden a la misma, que se ha abusado de ella en términos tales que por ese portillo se han concebido divorcios con una facilidad extraordinaria. En realidad solo deben haberse comprendido dentro de la misma los ultrajes proferidos por medio de la palabra (*verbis*), de la escritura (*litteris*) o de actos (*rebus et factis*) que uno de los cónyuges haga al otro, sin causa que lo justifique y con la suficiente gravedad para sentirse realmente ofendido; gravedad que debería ser apreciada por los tribunales en mérito de las circunstancias antecedentes o concomitantes, pues no es lo mismo una palabra injuriosa dirigida en el calor de una contienda conyugal, que la proferida fríamente y con el malsano propósito de provocar un estado de rebajamiento moral..."¹⁴³

Belluscio enseña que:

"... Llego a considerarse que son injurias graves todas las violaciones de los derechos del otro cónyuge, o toda inejecución de las obligaciones derivadas del matrimonio, o bien los actos contraídos a las obligaciones legales de los esposos o a la dignidad del cónyuge.

(...) De las diversas definiciones que se han intentado, (...) la más completa (...) repetida en numerosas sentencias y que parece constituir el criterio jurisprudencial actual (es la siguiente): son toda especie de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el esposo ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades".¹⁴⁴

Barqueiro Rojas y Buenrostro Baéz dicen de las injurias graves como causal de divorcio (o de la separación de cuerpos) lo siguiente:

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ Ídem.

"... Consisten en toda expresión o acción ejecutada para manifestar desprecio a otro. Esta causal viola el derecho al buen trato y a la cortesía que debe prevalecer en toda relación humana, y con una mayor razón entre personas que hacen vida en común. La injuria (...) puede expresarse en palabras o actitudes, y queda a juicio del juez la calificación de su gravedad; es por eso que el juez debe conocerlas tal y como se dijeron, o como se realizaron los hechos. Sin embargo, depende del tipo de cultura o medio socio-económico que determinadas palabras o actitudes constituyan injuria, lo que para otros equivale a un trato normal.

La negativa del trato carnal sin causa grave, la excesiva intimidad con terceros, la conducta escandalosa, la falta de asistencia (abandono en caso de enfermedad o penas aflictivas), (...) son conductas ofensivas hacia el otro cónyuge, y por lo mismo, injuriosas. Dada su gravedad pueden llegar a constituir causa de divorcio (o de la separación de cuerpos)..."¹⁴⁵

A criterio de Bossert y Zannoni:

"La injuria es toda ofensa, menoscabo, afrenta, de un cónyuge hacia el otro. Puede constituir en actitudes, palabras, conductas que, en general, importan agraviar a uno de los cónyuges. Pueden provenir del otro esposo o de un tercero, consintiéndolo aquel. Pueden referirse a la persona de uno de los esposos, a su familia, o a sus costumbres, a su forma de ser y sentir. De ahí la amplitud que tiene la aplicación de esta causa que constituye una suerte de causa residual. Es que las injurias graves son, de un modo u otro, toda violación grave o reiterada de los deberes matrimoniales imputables al otro cónyuge, y en este sentido las demás causas (...) implican además, y siempre, una injuria al cónyuge que sufre.

Basta un acto que sea gravemente injurioso para que la causal aparezca tipificada".¹⁴⁶

Por su parte Valencia Zea anota que "... los ultrajes son las injurias que un cónyuge hace l otro y pueden ser de palabra o de hecho. En general, todo ultraje o injuria que un cónyuge ocasiona al otro implica violación de los deberes mutuos de respeto y afecto. Los cónyuges están obligados a

¹⁴⁵ *Ibidem*, págs. 56-57

¹⁴⁶ *Ídem*.

amarse, a respetarse y comprenderse. Dentro de tal amor, respeto y comprensión cada cual debe permitir al otro el desarrollo de su personalidad, la práctica de sus creencias y sentimientos que son normales dentro de una concepción ética y corriente de la vida social".

Al respecto, Suárez Franco cita la siguiente jurisprudencia colombiana referida a los ultrajes: "Los ultrajes, equivaless a la desconsideración, a los vejámenes y a los menoscabos injuriosos de los que se hace víctima a la persona de uno de los cónyuges, en función desde luego de las circunstancias de cada caso, inherentes a la particular individualidad subjetiva de quienes entre sí están ligados por el matrimonio, al ambiente familiar por ello creado y al medio cultural dentro del que se desenvuelven. Ha de tratarse, entonces, de agravios al honor, o al decoro o a la propia estima de una persona ocasionados con palabras al descubrimiento un ánimo hostil permanente pero siempre y cuando revistan gravedad por sus consecuencias frente a la comunidad de vida conyugal, gravedad para cuya valoración el prudente árbitro del juzgador dispone de un moderado margen de apreciación discrecional".¹⁴⁷

La conducta que asume uno de los cónyuges dentro del matrimonio, al proferir con palabras un agravio hacia el otro cónyuge, provocando un desdén, menosprecio, y una profunda disminución en la autoestima, pues como se dijo antes; esta, solo se logra en desmedro del honor, la dignidad, y la ruptura del respeto mutuo, como obligación contraída por la celebración del matrimonio; y como se afirma, la gravedad de la injuria, radica en la posición o educación de quien profirió las injurias, obrando la intención y el maltrato hacia el cónyuge inocente.

Borda apunta sobre la materia que:

"... Las injurias graves consisten en las palabras, actitudes o hechos de uno de los cónyuges que importan un agravio para el otro.

La ley exige que sean graves; y para considerar si tienen ese carácter dispone que se tome en consideración la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse (...).

No obstante, esta preocupación de la ley por poner el acuerdo sobre la gravedad de las injurias, los tribunales han sido muy amplios en la

¹⁴⁷ *Ibidem*, págs. 57-58

consideración de esta causal, aceptando como suficientes para la configurarla hechos que muy difícilmente pueden ser tenidos como injurias y mucho menos graves. El concepto se ha vuelto impreciso, elástico; en la práctica, basta cualquier hecho que el juez repute agresivo o incompatible con el respeto recíproco que se deben los cónyuges, o la dignidad de la familia, para decretar el divorcio (o de la separación de cuerpos) no provista por la ley.

(...) Para que las injurias sean causal de divorcio (o de la separación de cuerpos) es menester que los hechos tomados en consideración constituyan una violación grave y renovada de los deberes y obligaciones resultantes del matrimonio, y que hagan intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal..."¹⁴⁸

Azpiri, en lo concerniente a la causal de injuria grave, hace estas afirmaciones:

"Es todo comportamiento que constituya una violación grave o reiterada de los deberes derivados del matrimonio y que hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común (...).

Al aludir a que se trata de un comportamiento, se destaca que el acto realizado debe ser voluntario, es decir, realizado con discernimiento, intención y libertad (...).

No se exige que tal acto haya sido realizado con la intención de ofender al otro esposo; lo relevante del caso es que el otro pueda resultar ofendido. La falta de aseo o la extrema parquedad en la comunicación por parte de uno de los esposos pueden ser conductas no destinadas a injuriar al otro, pero es posible entender que el otro cónyuge se sienta ofendido por esas faltas de respeto.

Los hechos a analizarse deben constituir una violación grave, o no tan grave pero reiterada, de alguno de los deberes matrimoniales (...). También es posible contemplar dentro de esta causal comportamientos de por sí no tan graves, pero que por su reiteración hagan insoportable la convivencia matrimonial (...). En suma, la gravedad de la conducta puede surgir de un solo hecho o de la reiteración de comportamientos desdorosos para el otro esposo. Estas conductas deben encuadrar

¹⁴⁸ *Ibidem*, págs. 58-59

dentro de la violación de un deber matrimonial de uno cualquiera, por lo menos, aunque cobra en este aspecto especial significación el deber matrimonial de respeto mutuo entre los esposos (...).

(...)

(...) Tales comportamientos tendrán relevancia jurídica cuando adquieran tal trascendencia que hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común, pues, de lo contrario, constituirían conductas propias de la personalidad de los cónyuges, sin consecuencias legales. Esta fórmula abierta no permite establecer parámetros fijos acerca de las conductas que harán intolerable la convivencia, por lo que cada caso concreto habrá que analizar las circunstancias personales de los esposos a fin de considerar si la violación del deber matrimonial ha hecho insoportable la vida en común".¹⁴⁹

Jemolo señala sobre la causal en estudio, lo siguiente:

"... Las injurias constituyen el término genérico que (...) resumen en sí todas las hipótesis aquí contempladas (excesos, sevicias y amenazas); pero deben ser graves para que puedan permitir el pronunciamiento de la separación por culpa del cónyuge que las pone.

(...)

(...) Las asiduas referencias del esposo para con otra mujer, al punto de llevarla en público del brazo y procurarse distracciones en espectáculos públicos, pueden constituir injurias graves para la esposa y, sobre todo, si estas quedan, en cambio, olvidada y maltratada.

Injuria grave puede ser también la de tratar de quitar al otro cónyuge el amor de los hijos (...).

(...) Respecto de las injurias verbales, se ha enseñado reiteradas veces (...) que es necesario, para que constituyan causa de separación, el *animus injuriandi* (...). Se puede admitir sin más que la misma palabra es o no injuriosa según que se la diga en broma, en serio pero sin ira, o en tono airado; que tienen también importancia la elevación de voz y el hecho de que estén o no presentes terceras personas. Hay que tener, sobre todo, en cuenta el ambiente social y las condiciones de educación

¹⁴⁹ Ibídem, págs. 59-60

(atendiéndose a si estas son o no comunes a los dos cónyuges y si en general la mujer conoció las del marido: no vemos porque una mujer fina y educada habría de soportar las torpes conversaciones del esposo si este, durante el periodo de noviazgo, consiguió dominarse y hacer creer que era una persona bien educada). Por otra parte, hay palabras tan objetivamente injuriosas, que (salvo el caso de una broma) no se ve como ante ellas se puede preguntar si existió o no el *animus injuriandi*.

Tampoco la reiteración de las injurias el deliberado propósito de perjudicar al otro cónyuge (...)

(...) La gravedad de las injurias y el carácter mismo constitutivo de injuria de un hecho debe establecerse en cada caso con criterios de relatividad, habida cuenta de la condición social de las personas, de su educación y el ambiente en que viven, así como los hechos en su conjunto".¹⁵⁰

Al respecto de lo que menciona Jemolo, las injurias graves, son todas aquellas palabras u hechos que llevan o constituyen el herir en el honor, la dignidad del cónyuge inocente, que ya sea por renuencia en su conducta faltante o constantes vejaciones en el trato, todo que conlleve lastimar el honor, la dignidad del otro, son injurias graves, que por demanda del cónyuge inocente, podrían ser prueba del divorcio por causal (también la separación de cuerpos).

Así también el mismo tratadista, nos comenta que también constituye injuria grave, el querer quitar el amor de los hijos, ya sea con instigaciones u otro invento que aleje el fraterno amor que se deben tener los padres e hijos.

Acerca del tema que nos concierne, Javier Rolando Peralta Andía, nos explica que esta causal: "... Se funda en el quebrantamiento 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 permanentes, intemperancias y caprichos del otro, que en el fondo significan un menosprecio futuro.

El elemento objetivo está formado por un conjunto de hechos ultrajantes a la personalidad y dignidad del otro cónyuge, en ese sentido, constituyen

¹⁵⁰ *Ibidem*, págs. 60-61

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, la abstinencia sexual, la fecundación o esterilización no consentida, etc.

En cambio, el elemento subjetivo está formado por el *animus injuriandi* o propósito de ofender o menospreciar profundamente al otro. La ley no admite como injurias graves más que aquellas que son expresión de un sentimiento negativo, mediato y permanente que hace insoportable la vida en común, de ese modo, las palabras subidas de tono y los inconvenientes que se escapan en un momento de violencia pasajera excusables por las circunstancias, no constituyen injuria grave, menos aquellas proferidas con *animus jocandi* (juego). El cónyuge que invoca la causal aludida, no debe haber motivado la ofensa grave".¹⁵¹

Con arreglo lo previsto en el artículo 333 –inciso 4)– del Código Civil, la injuria grave que haga insoportable la vida en común es una causal de separación de cuerpos.

Como punto muy aparte, porque se señala la vaguedad, ambigüedad, y constreñido de la injuria grave, tenemos a la "... jurisprudencia francesa, los <excesos, sevicias e injurias graves> tienen muchos caracteres comunes.

A mérito de lo expuesto, y por considerar la sevicia como un matiz circunstancial de la injuria grave, y, de una manera más general, como una violación de los deberes fundamentales del matrimonio, estimamos un error técnico su inclusión como causal autónoma de divorcio".¹⁵²

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

¹⁵¹ Peralta Andía, Javier Rolando (2010), "Lecciones de Derecho Procesal Civil", segunda parte, primera edición, Fondo Editorial UPT, Tacna – Perú, págs. 64-65

¹⁵² Carbonell Lazo, Fernando R. y otros, op. cit., págs. 2774-2775

La Corte suprema de la Republica, en relación a la causal de separación de cuerpos (o divorcio) consiste en la injuria grave que haga insoportable la vida en común, ha establecido lo siguiente:

- "... La injuria debe entenderse como toda ofensa grave dirigida a afectar el honor del otro cónyuge; lo que quiere decir que no se trata de cualquier ofensa, sino que esta debe ser de tal magnitud que haga insoportable la vida en común, y si los cónyuges se hallan separados, esta dificulte o imposibilite que se vuelvan a unir..." (Casación Nro. 01-1999/Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-1999, pág. 3386).
- "... Constituye injuria grave el ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro, y para apreciar el ultraje justifica la drástica medida de separación es menester que el Juzgador tome en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, tal como lo previene el articulo trescientos treintisiete del Código Sustantivo..." (Casación Nro. 1285-1998/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24-11-1998, págs. 2094-2095).
- "... La injuria grave está definida como el ultraje a los sentimientos o a la dignidad de uno de los cónyuges, realizado por el otro con el fin de deshonrarlo; y se funda, como causal de divorcio en la infracción del deber de asistencia y respeto por la personalidad, contraídos en la celebración del matrimonio, al reflejar un profundo menosprecio que imposibilita la vida en común; debiendo el Juzgador seguir diversas reglas para su determinación, como lo serán: La condición social de los cónyuges, las causas de maltrato, si los hechos que la configuran son públicos o privados, o si la injuria se produjo en ejercicio de un derecho..." (Casación Nro. 1414-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2002, págs. 8226-8227).
- "... La gravedad es condición sine quanon para la injuria constituya causal de separación de cuerpos y de divorcio. La gravedad de la injuria depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la victima, afectando su honor interno, es decir, sus propios valores y virtudes, siendo

intrascendente para estos efectos la apreciación externa de terceros, lo que debe ser apreciado por el Juez en cada caso concreto, según la educación, costumbre o conducta de la persona y de la pareja e investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor del denunciante; asimismo, no se requiere reiterancia porque para afectar gravemente el honor de una persona no es necesario que existan ofensas sucesivas, porque el Código Civil no lo exige; sin embargo se debe tener en cuenta la gravedad de las ofensas que dificultan o imposibilitan la reconciliación de los cónyuges si se hallan separados..." (Casación Nro. 2239-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, págs. 9913-9915).

- "... La injuria grave tiene dos elementos, uno objetivo que está dado por la exteriorización de la ofensa y otro subjetivo que está tipificado por la intención deliberada de ofender al otro cónyuge". (Casación Nro. 01-1999/Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-1999, pág. 3386).
- "... Las injurias graves por su intensidad y trascendencia hacen imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia, la pluralidad de la ofensa no es requisito esencial, un solo hecho de particular gravedad puede ser suficiente para motivar el divorcio..." (Casación Nro. 2239-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, págs. 9913-9915).
- "... Para determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad, lo que debe establecerse es cual es a juicio de la demandante –y no del juzgador– el hecho que ultraja sus sentimientos y su dignidad (injuria grave), pues se trata de una calificación eminentemente subjetiva y de orden moral que –a diferencia de la sevicia– no deja huella objetiva y que solo puede ser calificada por el cónyuge agraviado". (Casación Nro. 1232-1999/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, págs. 4324-4326).
- "... La configuración de la causal en mención (injuria grave) también se presenta en el caso de que los cónyuges se hallen separados, ya que este supuesto la gravedad que estas crean

para que se produzca la reconciliación entre los cónyuges". (Casación Nro. 01-1999/Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-1999, pág. 3386).

- "... Tampoco es cierto que el artículo doscientos ochentinueve del precita Código [C.C.] establezca que la negativa a hacer vida en común constituya injuria grave, lo que implica más bien una tergiversación del recurrente..." (Casación Nro. 3242-2000/Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7229).
- "... La acusación de infidelidad afecta la sensibilidad de cualquier persona, por lo que concretamente en el caso de autos de adulterio atribuido por el demandado a su esposa la demandante no solo ha tenido la intención de deshonrarla, haciendo de ella una persona despreciable, sino que es obvio que ha sembrado la duda o la sospecha que impide una vida en común y bajo este criterio los hechos demostrados configuran la causal de injuria grave que sirve de sustento a la demanda, puesto que si bien el demandado se ha retractado de su acusación, esto solo ha tenido lugar cuando ha sido emplazado con la demanda de divorcio, con el evidente propósito de cohonestar su conducta procesal". (Casación Nro. 34-2000/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-08-2000, págs. 6095-6069).
- "... El artículo veinticuatro del Código sustantivo [C.C.] prescribe el derecho de la mujer casada a llevar el apellido del marido agregado al suyo, por consiguiente, el no hacer uso de esa facultad no configura la causal de divorcio invocada [injuria grave]..." (Casación Nro. 3242-2000/Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7229).
- "... Appreciando la adquisición efectuada, así como su inscripción en registro, únicamente a nombre del actor, y constando el señor [...] en la documentación utilizada para efectos del crédito como soltero; la cónyuge no interviniente en tal acto contaba con una razón suficiente para formular una denuncia [por delito contra el estado civil y contra la fe pública, y delito de falsificación de documentos] que protegiera su derecho al constituir las

situaciones descritas una posibilidad objetiva de la adulteración que no evidencia el afán de ofender o ultrajar la dignidad del cónyuge y que contrario a ello deviene en el ejercicio regular de una derecho; por lo que no se configuraría la causa del artículo trescientos inciso cuarto del Código Civil [causal de injuria grave]..." (Casación Nro. 1414-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2002, págs. 8226-8227).

— "... La sevicia y la injuria grave constituyen causales para demandar tanto la separación de cuerpos como el divorcio (...); y, para declararse fundada cualquiera de estas, debe acreditarse la comisión de aquellas por la demandada, al que resulta de la interpretación contrario sensu del Artículo doscientos del Código Adjetivo, el cual dispone que si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada". (Casación Nro. 3012-1998/Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, págs. 4364-4365).

A. Clasificación de las injurias

Bulluscio nos informa que:

"... Las injurias pueden ser directas o indirectas. Las primeras suponen que un esposo es el injuriante y otro el injuriado y han sido dirigidas por aquel contra este. Las indirectas, en cambio, resultan de hechos ejecutados por el injuriante en que no interviene directamente el cónyuge injuriado, o bien que son realizados por terceros contra uno de los cónyuges ante la inercia del otro.

Por otra parte, pueden ser positivas o negativas. La mera inacción, hecho negativo o de pura abstención, constituye injuria si supone menosprecio o vejamen, se traduce en violación de los deberes conyugales o en comportamiento ultrajante o hiriente para el cónyuge.

Finalmente, pueden ser verbales, escritas o de hecho".¹⁵³

Rébora dice de las llamadas injurias directas lo siguientes

¹⁵³ Citado por: Hinojosa Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 64

"... La noción más simple, de la injuria, es la que supone, en los respectivos actos, a un sujeto, como actor, y otro sujeto, como víctima. La injuria como causa de divorcio (o de separación de cuerpos) debe suponer, según esto, a cada uno de los esposos en el sitio de cada sujeto. Un esposo como injuriante; otro esposo como injuriado. Además, (...) el hecho que surgiría ante nosotros como típico de la injuria propiamente dicha, sería duda en el de la injuria de palabras: expresión ultrajante de un cónyuge contra otro cónyuge (...).

(...)

(...) La noción de ataque o menoscabo que parece tener en los excesos verbales sus manifestaciones más simples, solo después de trasladada a una gran variedad de acciones pueden hacer surgir ante nosotros un verdadero panorama, integrado por los hechos más diversos. Desde luego, por hechos que merezcan ser juzgados como deshonorosos; pero también por hechos que merezcan la calificación de indecorosas, o que traduzcan menosprecio o animadversión, o lesionen los atributos de la persona, o contraríen abiertamente los fines del matrimonio. En tal concepto pues, las injurias graves pueden consistir en manifestaciones difamatorias formuladas por uno de los cónyuges con referencia al otro y en su ausencia; u ello, en principio, sin excepciones derivadas de prueba de la imputación, que si hubiera consistido en revelar vicios de conformación o de aptitud fisiológica, habría recaído sobre intimidades que no se tiene derecho de exhibir; pueden consistir en el empleo, ocultado a la mujer o realizado en contra de la voluntad de la mujer, de procedimientos anticoncepcionales puestos en práctica por el marido en el curso de las relaciones conyugales; pueden consistir en la creación de estados de violencia moral cual sería, por ejemplo, el que resultaría de negarse a la ceremonia de bendición eclesiástica de la unión, convenida y admitida antes de la iniciación de la civil pero resistida después sin consideración a la promesa anterior. Pueden consistir, como se ve, en hechos de variedad poco menos que infinita y tan solo aparejados por su carácter agravante..."¹⁵⁴

En mencionado jurista en lo que toca a las llamadas injurias directas, manifiesta que:

¹⁵⁴ *Ibidem*, págs. 64-65

"... Las injurias en que uno de los cónyuges aparece como sujeto de la acción y el otro, necesariamente, como sujeto de pasión, o sea las consistentes en obras que uno de los cónyuges personalmente realiza y el otro directamente padece, sin elaboración alguna, no constituyen el grupo más numeroso ni el más variado. Aunque resulte paradójal, más ancho, mucho más ancho que el campo propio de las ofensas directas en de las ofensas indirectas, constituidas por hechos que pueden cumplirse y ordinalmente se cumplen fuera de la presencia del ofendido; por hechos que ni hieren directamente el oído ni razón directamente la piel.

(...) La injuria puede resultar de una acción en que no intervenga el cónyuge injuriado, como igualmente –para extremar la paradoja– de acciones que ni siquiera hayan sido ejecutadas por el cónyuge que sin embargo llamaríamos injuriante, por ejemplo, de la inercia del marido frente a una injuria inferida, en su presencia, a su mujer..."¹⁵⁵

B. Caracteres de la injuria para que constituya causal de divorcio.

Conforme se desprende del artículo 333 –inciso 4)– del Código Civil, para que la injuria constituya causal de separación de cuerpos (también el divorcio), tiene que caracterizarse por lo siguiente:

- Debe ser grave.
- Debe hacer insoportable la vida en común (de los cónyuges).

Al respecto Carbonier, que refiere acerca de los caracteres que deben ofrecer los hechos alegados para que configuren la causal de injuria, considera que son los que describe seguidamente:

1º. "Los hechos alegados deben constituir una violación grave o reiterada de los derechos y obligaciones conyugales. La ley llama la atención acerca de la gravedad de los hechos, sobre todo los de constitutivos de injuria, pero también asimila la repetición a la gravedad, criterio estimable se tiene presente que los alfilerazos persistentes desarmonizan el equilibrio conyugal en los mismos términos que las infracciones aisladas y llamativas. El legislador se ha servido de una fórmula que pone de relieve la exigencia de

¹⁵⁵ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit., págs. 65-66

una falta para que los hechos alegados se estimen como causas de divorcio (o de separación de cuerpos), dado que dichas infracciones no son otra cosa que el incumplimiento de una obligación preexistente.

- 2º. Los hechos alegados deben hacer insoportable la subsistencia del vínculo conyugal o bien, si se quiere emplear una fórmula de mayor concreción inmersa en las legislaciones extranjeras (...), hacer intolerable la continuación de la vida en común. Ciertamente se requiere que no haya lugar a dudas sobre lo irremediable de la situación, pero, por otra parte, basta que la imposibilidad de continuar conviviendo sea racional y humanamente insuperable; el Derecho no aspira ni pretende imponer procedimientos heroicos".¹⁵⁶

En otra clasificación que nos presenta Belluscio, estima que son elementos característicos de la causal de injuria los que explica a continuación:

- a) "Voluntariedad.- (...) La injuria en materia de divorcio (o de separación de cuerpos) no supone necesariamente la intención de dañar, pues la imputabilidad puede derivar del dolo o de la culpa; no es necesario que el acto se ejecute a sabiendas y con intención de dañar sino basta que lo sea voluntariamente, es decir, con discernimiento y voluntad, lo que es suficiente para responsabilizar de las consecuencias de los actos ilícitos a su autor. Por lo tanto, entran en el concepto legal de injurias graves los hechos no cometidos con el propósito de ofender al cónyuge pero que importan errores de conducta de los que se tiene o debe tener el convencimiento de incompatibilidad con los deberes matrimoniales, porque se resuelven en motivo de afrenta o humillación para el otro esposo. En suma, solo se requiere el elemento general de todas las causales de divorcio (o de separación de cuerpos): imputabilidad o voluntariedad, pero no en todos los casos el ánimo de ofender. A lo sumo cabría exigir (...) el *animus injuriandi* en las injurias dirigidas directamente al cónyuge, mas no en las indirectas.

¹⁵⁶ Ídem.

b) Pluralidad.- (...) La pluralidad no es requisito esencial para que ella se configure en un solo hecho de particular gravedad puede ser suficiente para motivar el divorcio (o la separación de cuerpos).

A la inversa, la reiteración puede tornar graves las ofensas que aisladamente serian leves, cuando tal reiteración hace imposible la vida en común. No es necesario que existan episodios violentos o groseros, pues hacer quizás más hondura de sufrimiento en una vida conyugal que se desenvuelve sin esas exteriorizaciones pero que lleva en si la angustia del problema insignificante, del contratiempo continuo, de la desarmonía en sí misma, sin que acaezcan reacciones crudas".¹⁵⁷

A criterio de Largomarsino y Uriarte, "tres son los caracteres que presentan las injurias graves como causa de separación personal y divorcio vincular: a) imputabilidad; b) gravedad; y c) suficiencia de un solo hecho injurioso..."¹⁵⁸

En cuanto al primero de los caracteres, la imputabilidad, se precisa que:

"El sentido de conducta imputable que cabe atribuir a los hechos de uno o de ambos cónyuges para que prospere la acción de separación personal o de divorcio vincular, implica que la misma sea voluntaria lo cual no se distingue de las demás causales (...). La imputabilidad alude para su caracterización a la concurrencia de un nivel mínimo de exigencia, las consecuencias de su acto agravante. Por ende, no configuran injurias graves los hechos que son la consecuencia de un entendimiento turbado, privado de comprensión o resultante de una enfermedad mental.

Sin embargo, no obstante el alcance común señalado, se ha discrepado en doctrina acerca de la necesidad de que los comportamientos injuriosos se integren con el elemento calificante del *animus injuriandi*. Contrariando la opinión (...) que requeriría la concurrencia del propósito deliberado de ofender, se han seguido las enseñanzas de (...) que la injuria podía

¹⁵⁷ *Ibidem*, págs. 66-67

¹⁵⁸ *Ídem*.

configurarse sin que exista *animus injuriandi*, tal como ocurre cuando falta los deberes conyugales que medie intención de agraviar".¹⁵⁹

En cuanto a la gravedad (Largomarsino y Uriarte), tales autores señalan que:

"Es preciso (...) que los hechos calificados como injurias revistan gravedad, no quedando incluidas dentro del ámbito de aplicación de esta causal las ofensas leves.

El carácter de gravedad requerido es específico, por cuanto esta entendido que cualquiera de las causales de separación personal (...) deben significar graves incumplimientos a los deberes recíprocos impuestos a los cónyuges. En caso se trata de una gravedad no referida a la trascendencia del motivo invocado, sino a un elemento propio de la injuria.

No solo es necesario que exista un mínimo de importancia en los hechos denunciados, sino que es menester que los mismos impliquen modos de conducta que imposibiliten o hagan intolerable la vida en común (...). A tales efectos, (...) (se guía) al interprete a tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que pueden presentarse (...).

Para tal ponderación habrá de valorarse los hechos injuriosos conforme a su relevancia e intensidad, y de acuerdo a las características personales <condiciones y calidades> de los protagonistas (...).

El criterio de apreciación de los hechos injuriosos es dinámico y se adecua a la realidad viviente de cada época y a las transformaciones históricas y sociales..."¹⁶⁰

Largomarsino y Uriarte, por último, en lo que concierne a la tercera característica de la causal de injuria señalada por ellos (suficiencia de un solo hecho injurioso), apuntan lo siguiente:

"Se interpretó que para configurar la causal de injurias graves no era menester la reiteración de los hechos ofensivos, sino que (...) resultaba suficiente la comisión de uno solo que revistiera particular gravedad. La

¹⁵⁹ *Ibidem*, pág. 68

¹⁶⁰ *Ídem*.

producción de una conducta ofensiva violatoria de la dignidad del otro cónyuge justificaba que ella diera motivo al divorcio (o la separación de cuerpos), aunque la acción u omisión no apreciara repetida. (...) (Se) reconoció la aptitud o idoneidad de un solo gesto, de una actitud o un testimonio aislado, para transmitir la convicción de una conducta inadecuada con el estado de casado.

(...) Basta un proceder insultante, una actitud hiriente o un modo de actuar ajeno a la responsabilidad debida en el matrimonio, no revistiendo tal significación el incidente aislado y carente de toda la trascendencia exigida por ley para que se decrete el divorcio (o la separación personal). De allí que se destaque el sentido relativo o facultativo que se atribuye a esta causal, en cuanto requiere la valoración de los hechos que se hubieren denunciado para acreditarla".¹⁶¹

C. Casos de injuria grave

Al respecto Gomez I Sinde añade que, "... Son injurias o vejaciones graves, entre otras: los malos tratos físicos, las palabras injuriosas, humillantes u ofensivas a los sentimientos y dignidad de uno de los esposos dirigidas directamente al mismo, los celos infundados, la expulsión del lecho conyugal, la difamación, etc."¹⁶²

Valencia Zea opina que dentro de un concepto general de ultraje o injuria se comprenden casos como los que anuncia a continuación:

- a) "Todos los actos de infidelidad que no alcanzan a constituir una relación sexual extramatrimonial (...).
- b) Toda ofensa al honor u honra de uno de los cónyuges o de sus más próximos parientes (padres), especialmente la atribución de los delitos no cometidos y que implican una profunda falta de respeto y consideración.
- c) (...) La enfermedad venérea padecida por el marido, y la conducta desarreglada de este.

¹⁶¹ Ibídem, pág. 69

¹⁶² Ídem.

d) (...) es ataque o injuria la vigilancia infundada de uno de los cónyuges por el otro, las denuncias infundadas, el revelar intimidad de la vida conyugal, el trato sexual desconsiderado".¹⁶³

Arias señala al respecto lo siguiente:

"... La conducta equivocada del marido respecto a otra mujer que no llega a ser presunción precisa de adulterio (...) o falta de contribución de un cónyuge a los gastos del hogar que no sea abandono (...) importan injuria grave al otro.

Y extrayendo algunos casos del nutrido archivo de la jurisprudencia relativa a injurias graves, anotamos que ella califica como tales los hechos siguientes:

(...) la imputación sin pruebas de una causal de divorcio (...).

(...) los delitos cometidos por el otro cónyuge (...).

(...) el desaseo extremo (...).

(...) la embriaguez consuetudinaria (...).

(...) la homosexualidad del marido (...).

(...) la desconsideración ante los demás, sobre todo si se trata de personas de calidad (...).

(...) la ocultación ante extraños del estado de casados (...).

(...) una bofetada de la esposa al marido, en público (...).

(...) las prácticas anticoncepcionales, o solicitudes contrarias a la naturaleza de las relaciones sexuales entre esposos (...).

(...) la denuncia de insania no probada... ¹⁶⁴

Alterini, en lo relativo a los casos o ejemplos de injurias grave, enseña que:

"La jurisprudencia que encuentra configuradas las injurias es copiosísima. Solo a título de ejemplo señalaremos hechos considerados injuriosos: ciertos delitos cometidos por el cónyuge que afectan la

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Ibídem, pág. 70

dignidad del otro, aunque no sea su víctima; la exhibición con persona del otro sexo, o las actitudes equivocadas al respecto; el ocultamiento de la situación de casado en el círculo en que se actúa; los comentarios desfavorables acerca del conyuge vertidos entre parientes o amigos; padecer de ciertos vicios (toxicomanía, embriaguez, juego desmesurado); el extraordinario desaseo; la desconsideración hacia los parientes del cónyuge; la negativa a cumplir el débito conyugal, o la desviación de forma natural. O el empleo, no consentido por el otro cónyuge, de prácticas anticoncepcionales; la falsa denuncia contra el cónyuge imputándoles delitos o agresiones; la falsa denuncia de insania del otro cónyuge; el divorcio en el extranjero ventilado a sus espaldas; la omisión de los deberes de asistencia, configurada por la injustificada negativa a prestar alimentos o a cuidar al cónyuge enfermo; etc., etc.

Lo más frecuente es, sin embargo, que las injurias se traduzcan por insultos, verbales o escritos, sobre todo si se los vierte ligeramente en presencia de terceros..."¹⁶⁵

Sobre el particular, Borda apunta que:

"... Se ha declarado que constituyen injurias graves: los insultos verbales o escritos, tanto más si se trata de personas de educación y cultura y no se repara en la presencia de terceros; mantener relaciones equivocadas con personas de otro sexo, tales como pasearse con ellas del brazo o a deshoras, o en actitudes impropias, etc.; haber cometido delitos deshonorosos, como estafas, defraudaciones, etc.; la negativa a cumplir el débito conyugal o la pretensión de imponer al cónyuge prácticas anticoncepcionales o abortos; los vejámenes y desconsideraciones, tales como mantener a la espera en una situación de inferioridad, guardar un obstinado silencio entre el cónyuge, los celos desmedidos e injustos, la injuria o desconsideración para los suegros, etc., la omisión del deber de asistencia que resulte de no pasar alimentos a la esposa o de no prestarle cuidados en una enfermedad; adolecer de ciertos vicios, como embriaguez habitual, la toxicomanía, el juego cuando pone en peligro la estabilidad económica del hogar, etc.; la negativa a contraer matrimonio religioso como se había prometido, etc. También se han considerado suficientes como causal de divorcio (o de separación de cuerpos) las

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág. 71

injurias vertidas en el juicio de divorcio (o de separación de cuerpos), tales serían la imputación de adulterio cuando no se la prueba ni se aporta ningún elemento de juicio que haga pensar que, aunque probada, tenía algún fundamento razonable; o las manifestaciones agraviantes o innecesarias, etc."¹⁶⁶

D. Injurias recíprocas

"... Las injurias de uno de los cónyuges no autorizan la réplica injuriosa del otro. Luego, si las injurias son recíprocas, debe decretarse el divorcio (o la separación de cuerpos) por culpa de ambos cónyuges. Pero la gravedad de la injuria puede atenuarse y aun desaparecer cuando resulta ser la consecuencia de una provocación o una reacción lógica ante la conducta del otro cónyuge ya que el que obra exasperado por el comportamiento de este cuenta con el atenuante o eximente de la provocación".¹⁶⁷

E. Apreciación judicial de la causal de injuria grave

Según se colige del artículo 337 del Código Civil, la injuria grave debe ser apreciada por el juez teniendo en cuenta:

- La educación de ambos cónyuges.
- La costumbre de ambos cónyuges.
- La conducta e ambos cónyuges.

Bossert y Zannoni señalan al respecto que para la apreciación de las injurias graves "... El juez tomara en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse. Es decir que la gravedad se califica en función de circunstancias subjetivas, inherentes a las personas de los cónyuges, su contexto familiar, social y cultural".¹⁶⁸

Por su parte, Alterini refiere que, "sabiamente, la ley ha previsto que el juez tome en consideración diversas circunstancias del caso y, sobre todo

¹⁶⁶ *Ibidem*, págs. 71-72

¹⁶⁷ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), *op. cit.*, pág. 76

¹⁶⁸ *Ídem*.

la educación y posición social de las partes. Es obvio que determinadas actitudes, o palabras, tienen repercusión distinta según los ambientes en que se realice o vierta..."¹⁶⁹

5) CAUSAL DE ABANDONO INJUTIFICADO DE LA CASA CÓNYUGAL POR EL PLAZO LEGAL

En opinión de Baqueiro rojas y Buenrostro Baéz:

"... Consiste (el abandono) en el hecho de dejar en desamparo a las personas, incumplimiento las obligaciones derivadas del vínculo conyugal o filial.

El abandono del domicilio conyugal (...) sin causa justificada es causal de divorcio (o de separación de cuerpos). Si hay una causa para la separación (enfermedad grave que obligue a estar hospitalizado, el servicio público o militar) no existirá el abandono. Esta causal es violatoria del deber de convivencia y cohabitación, pues los cónyuges han de vivir juntos.

(...)

No debe confundirse el deber de cohabitación con el deber de socorro o asistencia, pues el cónyuge que abandona el hogar, aunque cumpliera con entregar lo necesario para la alimentación y cuidado de la familia, estaría violando el deber de convivencia".¹⁷⁰

A decir de Pavón:

"... Para que esta causa (abandono voluntario o malicioso) pueda servir de base al divorcio (o la separación de cuerpos) (...) debe ser por parte del cónyuge que lo hace, el resultado de una determinación reflexiva y, al mismo tiempo, con maldad o sea con la intención de no cumplir con las obligaciones que la ley le impone, en virtud del matrimonio, hacia el otro cónyuge y los hijos. Por consiguiente, no basta que se aleje del hogar conyugal, desde que esta ausencia puede derivar de las necesidades de negocios, cumplimiento de obligaciones que le impone una función pública o privada, busca de medios de subsistencia, cuestiones pasajeras

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ Citado por: Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 77

entre ambos cónyuges, fuerza mayor u otra infinitiva variedad de circunstancias que son ajenas a la causa que tratamos y cuya apreciación depende del tribunal, en presencia de los casos particulares.

(...)

(...) De cualquier manera existe abandono en todas aquellas situaciones en que uno de los cónyuges elude voluntariamente y con malicia el cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales aunque, en realidad, no se haya ausentado del hogar..."¹⁷¹

En cuanto a la causal que nos toma en atención (abandono injustificado), tanto para la separación de cuerpos como para el divorcio, el connotado jurista Arias refiere que:

"Es abandono:

(...) la sustracción al cumplimiento de los deberes conyugales, a la cohabitación por ejemplo (...), o a la contribución en los gastos del hogar (...); desatención de los hijos (...), etc.

(...) la falta de reintegro de la mujer al hogar después de la intimación judicial, si no se dedujera demanda de divorcio (o de separación de cuerpos) (...) y probara los motivos que autorizan su conducta (...).

Es maliciosos el abandono cuando se lo ha hecho con razón suficiente (...).

Es voluntario cuando es producto de la libre decisión y no por el imperio de las circunstancias, como lo serían los viajes que el marido debe efectuar para ejercer su profesión.

Incorre en abandono voluntario y malicioso del hogar tanto el cónyuge que se aparta de él, como el que, sin razón fundada, obliga al otro a alejarse del domicilio conyugal (...).

No es abandono:

(... la fuga del marido por haber cometido hechos delictuosos y escapar así a su detención y proceso (...).

¹⁷¹ *Ibidem*, pág. 78

(...) la mera separación de hecho convenida mutuamente entre los esposos..."¹⁷²

A criterio de Azpiri:

"... El abandono voluntario y malicioso puede ser definido como el incumplimiento injustificado por parte de uno de los cónyuges del deber de convivencia.

(...)

La configuración de esta causal requiere un hecho físico incuestionable, que es la habitación de los esposos en diferentes lugares, y se puede concretar porque uno de los cónyuges ha dejado el hogar común, porque el otro lo expulsó o bien porque le impidió la entrada. También se configura cuando, a pesar de continuar viviendo bajo el mismo techo, pernoctan en habitaciones diferentes.

(...) Además del hecho físico, se requiere un elemento intencional (...).

Lo realmente relevante es la malicia, que consiste en la falta de causa justificada para el cese de la convivencia. Por lo tanto, para que se configure el abandono voluntario y malicioso el cese de la convivencia debe responder al propósito deliberado de sustraerse al cumplimiento de tal deber.

Con esta caracterización conceptual quedan fuera de la causal los supuestos en lo que existe un motivo atendible para dejar de convivir, como ocurre cuando se debe a razones de trabajo, de salud, por motivos de persecuciones políticas; tampoco hay abandono (...) cuando un cónyuge deja de convivir porque el otro ha incurrido, a su vez, en una causa que hace insoportable la cohabitación o cuando el otro realiza un acto de fuerza al expulsar al cónyuge del hogar o al impedirle ingresar a él".¹⁷³

Enneccerus, Kipp y Wolff apuntan sobre la materia que:

"... Procede el divorcio (o la separación de cuerpos) por abandono malicioso. Es deserción (...) o cuasideserción (...), según que el cónyuge

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ Ibídem, pág. 80

culpable se halle en paradero desconocido (o al menos difícilmente asequible) o no.

(...) En ambos casos es supuesto para el divorcio (o la separación de cuerpos):

a) Que el culpable viva separado del otro cónyuge, esto es, que no viva comunidad domestica con él, ya por haberse marchado del domicilio conyugal o ya por haber expulsado a su consorte.

b) Que tal alejamiento del domicilio común dure un año.

(...)

c) Que el culpable se mantenga alejado con intención maliciosa.

(...) La palabra `intención´ desorienta. No se ha de exigir sino el propósito de infringir permanentemente el deber de convivencia doméstica, lo cual ha de presumirse por lo regular.

d) Que el alejamiento sea `contra la voluntad´ del otro cónyuge".¹⁷⁴

Sánchez pone de manifiesto que:

"... La causal de referencia (abandono del domicilio conyugal), requiere la comprobación plena de los siguientes elementos:

a) La existencia del matrimonio.

b) La existencia del domicilio conyugal.

c) La separación de uno de los cónyuges del domicilio conyugal (...).

d) Que la separación sea el motivo justificado.

La ausencia de cualesquiera de los elementos enunciados, trae consigo la no comprobación de la causal.

La existencia del matrimonio, se comprueba con la partida del registro civil que contenga ese evento.

La existencia del domicilio conyugal, es preciso que quede justificada, pues de lo contrario, no podrá hablarse de abandono de lo que no ha existido; (...) debe entenderse por domicilio conyugal (...) el establecido por los cónyuges para convivir juntos y en el que se tenga gobierno y

¹⁷⁴ Ibídem, págs. 80-81

dirección del hogar; así es, que no puede considerarse como tal, el que hayan tenido cualesquiera de los esposos con anterioridad al matrimonio, ni el de los padres de ellos, ni al que ocasionalmente lleguen.

(...)

Que la separación sea sin motivo justificado, es evidente, ya que si el cónyuge que abandona el hogar lo hizo amparado en una causa justificada de su conducta, no se le podrá imputar ese abandono como operante a la ruptura del lazo marital; el cónyuge que abandona el hogar no debe tener motivo alguno para ello; si tiene justificación su conducta, indudablemente que no podrá ser considerado culpable".¹⁷⁵

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en el abandono injustificado de la casa conyugal por el plazo de ley, ha establecido lo siguiente:

- ".. El abandono del hogar conyugal, consiste en su dejación, con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales..." (Casación Nro. 2862-1999/Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-07-2000, págs. 5526-5527).
- "... El inciso quinto del artículo trescientos treintitres del Código Civil, precisa la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono excede de este plazo; es en esta causal donde se encuentra inmerso el incumplimiento de la obligación de cohabitación, debidamente regulada en el artículo doscientos ochentinueve del código Civil..." (Casación Nro. 3006-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8753-8754).
- "... En la demanda se alega expresamente la causal [de abandono injustificado del hogar conyugal por el plazo de ley] contenida en el inciso quinto el [sic –léase del-] artículo trescientos treintitres del Código Civil, la que debe reunir tres requisitos: que el demandado haya hecho dejación de la casa

¹⁷⁵ *Ibidem*, pág. 83

común, que tal actitud sea injustificada, lo que permite suponer que lo ha inspirado el designio de destruir de hecho la comunidad conyugal, y que el abandono se prolongue por más de dos años continuos..." (Casación Nro. 3006-2001/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8753-8754).

— "... Este Supremo Tribunal considera que para la configuración de la causal de abandono injustificado del hogar conyugal se requiere la conjunción de los siguientes elementos: a) el alejamiento físico del hogar conyugal; b) el elemento temporal, constituido por el tiempo establecido por la ley; c) la voluntad de sustraerse de sus obligaciones conyugales, el cual constituye un factor de atribución subjetivo..." (Casación Nro. 424-2002/Huara, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2003, págs. 10203-10204).

— "... De acuerdo con la normatividad actual, el abandono debe tener como base insoslayable, el alejamiento de la casa conyugal, del recinto fijado para la vida común, lo que conlleva desde luego, incumplimiento de todas las demás obligaciones conyugales determinadas en los artículos doscientos ochentisiete, doscientos ochentiocho, y doscientos noventa (del C.C.) que se resume, en alimentos para los hijos, asistencia y fidelidad mutuas, apoyo, compañía, participar en el gobierno del hogar; además e de acuerdo con nuestro Código actual ese alejamiento debe ser injustificado (...) lo que propiamente significa, que debe ser intencional y voluntario, sin que exista causal real y moral para ello, razonablemente entendido ese carácter de injustificado podía desaparecer y desaparece se ambos cónyuges acuerdan vivir separados o viviendo en la misma casa conviene variar el cumplimiento de sus obligaciones conyugales; por lo que el que invoca esa causal, no solo debe acreditar la naturaleza indicada del abandono sino que sea carácter injustificado" (Casación Nro. 58-1999/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-10-1999, pág. 3772).

— "... Tanto la causal de abandono injustificado del hogar conyugal como la de separación de hecho de los cónyuges, guardan relación estrecha para ser acumuladas como pretensiones subordinadas, pues ambas importan el alejamiento físico entre el marido y la esposa por un determinado periodo de tiempo, siendo que en el primer caso se analiza principalmente el aspecto subjetivo, esto es, el ánimo deliberado de uno de los cónyuges (propriadamente del cónyuge emplazado) de poner fin a la relación conyugal, mientras que en la segunda causal, tal aspecto subjetivo no resulta relevante para amparar la demanda sino solo el aspecto temporal, salvo para determinar cuál es el cónyuge perjudicado con la separación. Sea por una u otra vía, el divorcio tiene por objeto poner fin a la sociedad de gananciales y el cese de las obligaciones habidas entre los cónyuges, entre otros, por lo que no se da la figura de la acumulación indebida de pretensiones..." (Casación Nro. 1608-2007/lca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23666-23668).

6) CAUSAL DE CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN

A decir de Lehmann:

"... Concurre (...) grave infracción del matrimonio en la conducta deshonrosa o inmoral, prescindiendo de que se dirija contra el otro cónyuge.

Por ejemplo: embriaguez, vida inmoral, actos delictivos.

(...) La infracción ha de ser culposa.

La inimpunidad y el trastorno mental excluyen la culpabilidad, pero no impiden el divorcio (o la separación de cuerpos) si concurren determinadas circunstancias (...).

(...) La infracción deberá haber perturbado el matrimonio de tal suerte que sea imprevisible la reanudación de un vida en común que responda a la esencia del matrimonio".¹⁷⁶

Según Enneccerus, Kipp y Wolf:

"... La conducta inmoral o deshonrosa no presupone un acto directo contra el otro cónyuge. Han de señalarse, ante todo: la comisión de crímenes o delitos deshonrosos, los ultrajes graves a los familiares del otro cónyuge, la embriaguez, la explotación de un negocio deshonroso, la demostración de sentimientos perversos. A veces también, la negativa a la bendición matrimonial eclesiástica prometida.

La conducta ha de ser culposa. Lo es cuando el cónyuge conoce el carácter antimatrimonial de su conducta o tiene que conocerlo y no está impedida la libre determinación de su voluntad por una enfermedad mental (...).

Una conducta culposa de esta índole solo es causa de divorcio (o de separación de cuerpos), si por ella el matrimonio se perturba de tal suerte que no puede ser exigida al otro consorte la continuación de la relación conyugal.

(...) El matrimonio ha de haberse perturbado, lo cual quiere decir, por regla general, que se ha destruido el sentimiento conyugal del otro cónyuge hasta el punto de no ser ya posible `tratar a la parte culpable con el amor y atención que se deben los cónyuges según la esencia del matrimonio´..."¹⁷⁷

Acerca de la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, se tiene primigeniamente que es una conducta inmoral, nada digna, que falta a las buenas costumbres de la familia y sobre todo afecta con su conducta al otro cónyuge (para el caso el cónyuge inocente); esta conducta deshonrosa se enmarca dentro de una conducta con conocimiento de causa, es pues que se tiene a aquellas conductas como la prostitución, el juego hecho ludopatía, la embriaguez habitual, entre otras conducta que hagan insoportable la vida en común entre los

¹⁷⁶ Citado por: Hinojosa Minguez, Alberto (2016), op. cit., págs. 89-90

¹⁷⁷ Ídem.

cónyuges, como la estabilidad emocional, la estabilidad económica, y el status y respeto social ganado.

La Defensoría del Pueblo, en sus lineamientos para una reforma normativa en materia civil, comenta sobre el particular que: "es necesario tener en cuenta la naturaleza subjetiva de la evaluación de la supuesta deshonra, así como el hecho de que los contenidos del concepto de honra varían de acuerdo a la persona. En este contexto, y tomando en consideración los estereotipos de género persistentes en la sociedad, resulta evidente que dicha causal podría ser interpretada de manera perjudicial para las mujeres, en aquellos supuestos en que estas no asumen los roles que socialmente les son exigidos o que resultan aceptables como modelos de virtud personal.

Así, dichos estereotipos pueden terminar generando que la "vida deshonrosa", se torne en lo opuesto de lo que socialmente se entiende por "mujer de conducta intachable" y que, hasta hace poco, resultaba ser la figura femenina protegida por la legislación nacional. De esta manera, dicha causal puede convertirse en una herramienta de control de la conducta de las mujeres por parte de los cónyuges, los operadores del derecho –como los jueces y juezas– y, en última palabra, de la sociedad en su conjunto..."¹⁷⁸

Conforme lo señala el artículo 333 –inciso 6)– del Código Civil, es causal de separación de cuerpos la conducta (o también el divorcio) deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos, como también para el divorcio, consistente en la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, ha establecido lo siguiente:

— "... Conducta deshonrosa significa dirigir sus acciones causando vergüenza y deshonor en la otra parte por algún hecho y que la persona que actúa de esta manera lo hace atentando contra su fama, su honor, su estima y respeto de la dignidad, entendiéndose el honor como la cualidad moral que nos lleva al más severo

¹⁷⁸ Defensoría del Pueblo, "Lineamientos para una reforma normativa en materia civil sobre temas vinculados a la defensa y protección de los derechos de las mujeres", primera edición, serie de documentos defensorías (documento numero 24): enero, 2013, Lima-Perú, pág. 45

cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos..." (Casación Nro. 447-1997/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-04-1998, págs. 655-656).

- "... La conducta deshonrosa consiste en la realización de actos continuos y permanentes de parte de uno de los cónyuges, que sobrepasen los límites del mutuo respeto y la consideración que debe existir entre ambos, no constituyendo causal de separación de cuerpos y de divorcio cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que `haga insoportable la vida en común´..." (Casación Nro. 2307-2000/Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7975).
- "... La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común como causal de divorcio, implica la realización de una conducta por parte de uno de los cónyuges que contravenga la moral y las buenas costumbres, a través de la realización de actos incorrectos e impropios que afecten la honestidad y el respeto mutuo que debe existir entre los cónyuges que ocasione el rechazo de terceras personas, lo que afecta la personalidad del otro cónyuge tornando en insoportable la continuación de la vida en común o la posibilidad de reanudarla..." (Casación Nro. 1640-2003/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, pág. 14697).
- "... Por conducta deshonrosa debe entenderse el proceder incorrecto de una persona, que se encuentra en oposición al orden público, la moral y las buenas costumbres, que afectan la buena imagen, el honor y respeto de la familia, condiciones en las cuales resulta insoportable la vida en común; pudiendo manifestarse en una gama de hechos y situaciones, como pueden ser la vagancia y la ociosidad, la ebriedad habitual, la reiterada intimidad amorosa con persona distinta del cónyuge, salidas injustificadas, entre otras, ya que la ley no establece un *números clausus* al respecto sino un *números apertus*". (Casación Nro. 2090-2001/Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8570-8570).

- "... Para que se configure la referida causal [de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común], se requiere de dos elementos concurrentes: la conducta deshonrosa [sic – léase deshonrosa–] y que ello [...] haga insoportable la vida en común, siendo este último elemento el determinante para ello, por cuanto solamente la existencia de una conducta que implica la vida en común puede justificar la disolución del vínculo matrimonial por esta causal; [...] en ese sentido lo relevante para la configuración de la referida causal la existencia de una conducta que haga insoportable la vida en común, debe entenderse que el impedimento de mantener una vida en común está referida [sic –léase esta referido–] no solamente a la imposibilidad de continuarla sino también el de reanudarla; toda vez que en ambos casos se entiende que no existe la posibilidad de que los cónyuges puedan vivir juntos por la conducta atribuida, lo que justifica la disolución del vínculo matrimonial por esta causal..." (Casación 1640-2003/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, pág. 14697).

- "... De autos se advierte que, se encuentra plenamente acreditado que las partes se encuentran separadas de hecho [...], de manera que se cuestiona si, para que se configure la causal prevista en el inciso sexto del artículo trescientos treintitres del Código Civil, referida a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, se requiere que las partes vivan bajo el mismo techo, y, que bajo tal situación se produzca la conducta deshonrosa. [...] Conforme se desprende de la causal de divorcio contenida en el inciso sexto del artículo trescientos treintinueve 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. [...] Por ello, debido a la separación de hecho por varios años, tal hecho resta legitimidad para obrar al demandante, dado que no basta que tenga la calidad de

cónyuge..." (Casación Nro. 3192-2006/Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, pág. 21354).

- "... Al haber quedado establecido en [...] la recurrida la declaración de la demanda de haber intimidad sexual con un tercero, resulta evidente que dicha conducta deshonesta [...] haga insoportable la vida en común pues con dicha declaración se trastoca el honor de su cónyuge..." (Casación Nro. 2090-2001/Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8570-8570).
- "... Estando vigente el vínculo matrimonial entre las partes, la demanda procreo, con persona distinta de su cónyuge, a la menor [...], accionar que conlleva una violación a los deberes que emanan del matrimonio y el respeto mutuo que se deben los cónyuges, los cuales [...] perduran mientras se encuentran vigente el vínculo matrimonial, por lo que tal accionar implica una conducta carente de honestidad, tipificándose así la causal de divorcio prevista en el inciso sexto del artículo trescientos treintitres del Código sustantivo [causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común]; [...] el hecho que una de las partes haya procreado un hijo con una persona distinta de su cónyuge, que se encuentran separados de hecho, puedan unirse nuevamente..." (Casación Nro. 54-2002/Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2003, pág. 9801).

7) CAUSAL DE USO DE DROGAS O SUSTANCIAS QUE PUEDAN CAUSAR TOXICOMANIA

Gómez I Sinde asevera que "... la toxicomanía (drogadicción) (...) (es) causa de separación cuando (...) (perjudica) al otro cónyuge o a la familia. Tiene que existir una relación de causa a efecto; si los intereses del otro cónyuge o de la familia pueden protegerse de otra forma que no exija la separación, no puede decretarse esta".¹⁷⁹

¹⁷⁹ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit., pág. 95

Bossert y Zannoni, al estudiar la causal (de separación personal o de cuerpos) de adicción de droga, hacen estas observaciones:

"... Se trata (...) de dependencias crónicas (...) a sustancias psicoactivas, como la cocaína, marihuana, heroína, etcétera. Es importante señalar que (...) (se) comprende aquellos supuestos en que uno de los cónyuges está afectado por su dependencia (...) a las drogas psicoactivas, es decir, o padece de una falta de libertad en la relación que establece respecto de la droga.

(...) Como lo enseña la toxicología moderna, estas afecciones reconocen factores etiológicos tanto endógenos (o individuales), vinculados a la personalidad del (...) drogadicto, como exógenos o ambientales.

De ahí se considere que climáticamente el alcoholismo y la drogadependencia constituyen en sí mismos personalidades anormales patológicas que, aunque no se califiquen de psicóticas, provocan desviaciones de conducta y peligrosidad socioambiental, proclividad al delito, y culminan en formas de demencia (...).

(...) El alcoholismo y la drogadicción deben provocar trastornos de la conducta que impidan la vida en común o la del cónyuge alcohólico o drogadicto con los hijos. Dichos trastornos serán, también, de carácter permanente debido a la subordinación física y psíquica que experimenta la persona a la ingestión o uso periódico del alcohol o la droga".¹⁸⁰

Las tratadistas Stilerman y De León, en relación a la prueba de la toxicomanía, expresan que:

"... Las adicciones pueden ser correctamente determinadas con ciertos análisis clínicos, los que por ello se convierten en elementos de extrema utilidad al momento de ofrecer y producir la prueba.

Sin perjuicio de ello, no puede desconocerse que estos análisis no pueden ser obligatoriamente impuestos al cónyuge demandado, aun cuando podrán aportarse todos los análisis que hubieran sido realizados con anterioridad (...).

¹⁸⁰ *Ibidem*, pág. 96

Una pericia medica del cónyuge cuya `enfermedad` se alega resulta, asimismo, un elemento probatorio esencial".¹⁸¹

En cuanto a lo que comentan las mencionadas autoras respecto a la causal de dependencia a la droga, u alcoholismo, u otra sustancia que cause dependencia en el cónyuge culpable, señalan que cuando se trata de señalar las adicciones o trastornos en la conducta del consorte, estas constituyen prueba factible siempre y cuando pasen la prueba pericial por el profesional competente.

Por lo tanto entendemos que la toxicomanía y embriaguez habitual, son causal de divorcio, pues es y resulta imposible lograr la convivencia, con el consorte adicto, nada supone la dependencia a sustancias alucinógenas o ebriedad; y más aún, si dentro de la familia se constituyen menores hijos, quienes en propensión a su desconocimiento o curiosidad, llegan a ingerir dichos alucinógenos u alcohol, que genera la dependencia al consorte o cónyuge culpable, pues de antemano radicaría en un delito mayor como lo es la exposición al peligro.

Las muy mencionadas tratadistas Largomarsino y Uriarte, expresan que:

"... En materia de drogadicción debe requerirse la acreditación de un hábito irresistible que tenga una antigüedad en el tiempo y que afecte la relación con el otro cónyuge o con los hijos de ambos o de uno solo. Ese consumo debe revestir carácter patológico y dar lugar a una situación de dependencia por parte del enfermo.

(...)

La prueba de la toxicomanía, grado de dependencia del enfermo y los trastornos de conducta que su estado crean, deben ser materia de prueba a cargo del cónyuge sano, único legítimo activo para promover la acción de separación personal..."¹⁸²

Según se infiere del artículo 333 –inciso 7)–. Del Código Civil, constituye causal de separación de cuerpos el uso habitual de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347 de dicho cuerpo de leyes, conforme al cual, en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede

¹⁸¹ Ibídem, pág. 97

¹⁸² Ibídem, pág. 98

pedir que se suspenda la obligación de hacer vida en común, quedando subsistente las demás obligaciones conyugales.

8) CAUSAL DE ENFERMEDAD GRAVE DE TRASMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

"Por disposición del artículo 333 –inciso 8)– del Código Civil, es causal de separación de cuerpos la enfermedad grave de trasmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

Entre las enfermedades de trasmisión sexual se encuentran las siguientes:

- A. La sífilis.
- B. La gonocosis.
- C. El chancro blando.
- D. La enfermedad de Nicolas-Favre.
- E. El sida (síndrome de inmunodeficiencia adquirida).

Pero las enfermedades de trasmisión sexual no se reducen a las indicadas precedentemente, pues tenemos también los micoplasmas, las clamideas, el herpes (bucal y genital), la sarna y la hepatitis B.

No podemos de mencionar que, con arreglo a lo previsto en el artículo 347 del Código Civil, en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida en común, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales.¹⁸³

Para Camila Gamarra Barrantes, expresa que: "Originalmente dicha causal se trataba como una enfermedad venérea grave contraída después de la celebración de matrimonio, téngase en cuenta que se trata de una enfermedad grave que pone en riesgo la salud y/o vida de uno de los cónyuges, sin el consentimiento o información del otro. La ley N° 27495 lo sustituye por el término Enfermedades de Trasmisión Sexual (ETS).

¹⁸³ Hinostraza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., págs. 98-99

Dicha transmisión se genera al mantener contacto íntimo y se trasmite de persona a persona; ocurriendo que en el caso en concreto uno de los cónyuges tiene trato íntimo con persona externa y a su vez genera que el cónyuge sano se le transmita dicha enfermedad, para ello es importante resaltar que estamos hablando de una enfermedad que tiene que ser grave y que pone en peligro la integridad del otro cónyuge y que, adicionalmente, fue contraída con posterioridad a la celebración del matrimonio".¹⁸⁴

En tal caso, queda claro que la enfermedad grave de transmisión sexual, luego de contraído las nupcias, es razón suficiente para declarar disuelto el vínculo matrimonial, pues no hay duda que el contagio es latente por sí, y para tal cuestión se justifica la suspensión del deber de cohabitación, según lo dispuesto en el artículo 347 del C.C.; pero hay que tener en cuenta, que el solo hecho de contagio o haber contraído una ITS (Infección de Transmisión Sexual, según como lo denomina la OMS novedosamente) y que este contagio puede generar en el otro cónyuge, un grave diagnóstico y que más aun el tratamiento sea muy difícil y repercuta secuelas, o en todo caso no exista tratamiento alguno para su cura (solo atenuantes de la enfermedad), es por esto y solo esto que en la norma este prescrita la categoría de "grave", pues al entender, solo eso conllevaría a lograrse la disolución del vínculo conyugal.

Como un aspecto nuevo por parte de la prueba de esta causal de divorcio, se entiende que primeramente, tiene que presentarse como prueba el análisis de laboratorio, el cual, el diagnóstico, demuestre que si se ha contraído dicha enfermedad de transmisión grave, y que por lo tanto de manera contundente, es causal suficiente para encaminar el divorcio por causal, pero hacemos un análisis en el caso, primeramente acerca del dolo, pues nadie en su sano juicio contraería dicha enfermedad por sí, tiene que necesariamente, haber realizado algunos actos que encaminen al contagio, como lo es la infidelidad, tener cópula sexual con persona distinta al consorte; en este caso media dolo, por la infidelidad, mas no por el hecho de contagiarse; pero en el caso de que el contagio se haya realizado por alguna negligencia médica, como por ejemplo, el compartir

¹⁸⁴ Gamarra Barrantes, Camila; "La causal de divorcio de enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio", Gaceta Civil & Procesal Civil (Numero 40): Octubre: 2016, pág. 151

agujas, en tal caso no media el dolo, pero la enfermedad grave de transmisión sexual subsiste, y por lo tanto enterado el otro cónyuge, está en la libertad de accionar la demanda de divorcio por causal; en este caso: ¿será justo iniciar tal acción cuando en realidad no se quiso contraer dicha enfermedad?.

Pero otra atingencia que llama poderosamente la atención, es ver como se protege la identidad de quien ha contraído dicha enfermedad, pues como es de saber los procesos son públicos, en todo caso estos (aquellos que contraen una Infección de Transmisión Sexual "ITS") merecen una protección especial, ya que es su derecho a que se reserve dicha información, esto por el estigma social y el desconocimiento del tratamiento de dichas enfermedades.

Como un agregado a la prueba, muy bien podría complementarse esta causal, con la causal de adulterio, pues es suficiente el diagnóstico positivo de haber contraído una Infección de Transmisión Sexual, para disolver el vínculo matrimonial; es de entender que el dolo está implícito como prueba, cuestión que es propuesta de esta tesis.

En cuanto a lo que ronda a la interrogante, de quien contrajo la enfermedad de transmisión sexual primero, se expresa que: "... si bien no se ha podido determinar cuál cónyuge habría sido el primero en contraer la enfermedad de transmisión sexual, ello no importa, toda vez que no es requisito esencial que uno de los cónyuges se encuentre en buen estado de salud frente al otro para demandar el divorcio por la causal in comento, máxime si cabe la posibilidad de que el contagio de la ETS hubiese sido a causa de las relaciones sexuales mantenidas con el propio cónyuge, en tanto existía y se mantenían (aun) los deberes de cohabitación y fidelidad que impone el vínculo matrimonial.

El inciso 8 del artículo 333 del Código Civil no establece una diferencia entre un cónyuge sano y uno enfermo a efectos de que pueda ser invocado en función del interés para obrar. Si, por un lado, la sala superior admite que aquello que se busca con la norma es la protección al cónyuge sano y a la prole; por otro, tenemos que aceptar indefectiblemente que existe un cónyuge culpable, el cual ha provocado

la desestabilización del vínculo marital por haber aparecido con enfermedad sexual".¹⁸⁵

En lo que versa a la interrogante de quien contrajo la enfermedad primero, tratándose de los cónyuges, la ley no es específica, ahora también en la acción de divorcio (demanda), no es necesario que el cónyuge que invoca la demanda, se encuentre en buen estado de salud, respecto del otro que padeciera la enfermedad de transmisión sexual, por incumplimiento del deber de fidelidad. Es en todo caso que uno de los cónyuges se encuentra más vulnerables que el otro, ya sea por lo difícil del tratamiento de la enfermedad, o quizá aún no exista cura para la misma enfermedad de transmisión sexual, como lo es el SIDA.

9) CAUSAL DE HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO

El profesor Javier Rolando Peralta Andía, refiere al respeto: "La palabra homosexualidad no deriva de la voz latina homo que significa hombre; sino, del prefijo griego homos que equivale a lo mismo, igualdad o semejanza. En ese sentido, indica a toda persona que tiene relación carnal con otro de su mismo sexo. Luego, la homosexualidad es otra causa que genera la disolución del vínculo conyugal, que consiste en el trato carnal o sexual que mantiene un cónyuge con persona de su mismo sexo, después de la celebración del matrimonio, por lo tanto, no solo es una causal indirecta, inculpatoria y perentoria, sino también se trata de una perversión sobreviniente al casamiento que implica la inversión sexual, razón por la que no es posible una vida en común".¹⁸⁶

Lo que se tiene son dos aspectos importantes que configuran la causal, uno lo es la violación del deber de la fidelidad (sodomía: el trato sexual con otro de igual sexo), y otro es la trasgresión del orden moral, en ambos casos, debe de tenerse en cuenta, que los hechos deben ser posterior a la celebración del matrimonio, por lo que es requisito indispensable.

¹⁸⁵ Gaceta Civil & Procesal Civil, "Enfermedad de transmisión sexual como causal de divorcio", Diálogos con la Jurisprudencia: Actualidad jurisprudencial para jueces, fiscales y abogados litigantes, (Número 216): setiembre, 2016. pág. 103

¹⁸⁶ Peralta Andía, Javier Rolando (2010), "Lecciones de Derecho Procesal Civil", segunda parte, primera edición, Fondo Editorial UPT, Tacna – Perú, págs. 70-71

"Al tenor de lo dispuesto en el artículo 333 –inciso 9)– del Código Civil, es causal de separación de cuerpos la homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

El fundamento de esta causal no es tanto considerar a la homosexualidad como una conducta deshonrosa o inmoral; pues se trata de una alteración de carácter físico-psicológico en la sexualidad de una persona), ya que de ser así quedaría comprendida dentro de la causal prevista en el inciso 6) del artículo 332 del Código Civil (cuál es la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común), sino que se basa en lo desagradable o intolerable que puede resultar para un cónyuge convivir con una persona homosexual y, también, en el rechazo del cónyuge inocente a seguir sosteniendo relaciones sexuales con el consorte homosexual."¹⁸⁷

La conducta homosexual sobreviniente al matrimonio, es una casual que sirve tanto para la separación de cuerpos como para el divorcio, pero puntos aparte, el desarrollo que versa acerca de esta causal es tan difícil de probar, como encausarla en la acción (demanda), pues, la causal prescribe claramente que la homosexualidad debe ser sobreviniente al matrimonio, es decir después de celebrado las nupcias, entonces es de razonamiento que una persona se aúna a la homosexualidad después del matrimonio, queda claro que no vamos a ahondar en el incordiante parecer si una persona nace o se hace homosexual, entre otras cuestiones, respetando el derecho de las personas, solo caemos en el hecho de que, la acción de divorcio por casual, solo castiga o sanciona a aquel cónyuge que no es sincero en sus sentimientos; ya es decisión del otro cónyuge en este caso, el inocente optar por la decisión de entablar la demanda o no, pues como es sabido es difícil sostener una conducta fingida o aparente, y más aun con quien se convive, tornando así una convivencia insoportable.

Por otro lado, tenemos que muy bien que la causal se relaciona con la causal de imposibilidad de hacer vida en común, ya que los caracteres de conducta han cambiado en el cónyuge culpable, y por lo tanto esta conducta torna imposible la convivencia en común.

¹⁸⁷ Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 99

10) CAUSAL DE CONDENA POR DELITO DOLOSO MAYOR DE DOS AÑOS DESPUÉS DE CELEBRADO EL MATRIMONIO

Barros Errázuriz, acerca de la causal (separación de cuerpos o divorcio) de condenación de una de los cónyuges por crimen o simple delito, manifiesta que:

"... Se trata de personas condenadas como responsable de crimen o simple delito, por sentencia que causa ejecutoria; aún más, la ley habla de condenación de uno de los cónyuges, o sea, de condenación posterior al matrimonio, no quedando comprendida la condenación anterior.

La ley se refiere a cualquier delito, puesto que no hace distinción alguna; aun de aquellos que no son deshonrosos, como los delitos políticos.

Habiendo sentencia de termino, existe causal, aunque se obtenga más tarde, indulto, porque por él se perdona la pena, pero subsiste siempre el hecho de la delincuencia..."¹⁸⁸

De acuerdo con Javier Rolando Peralta, "Esta causa se funda en la violación de una obligación ético-moral que implica el matrimonio por el quebramiento de una norma positiva penal a cuya consecuencia se impone al cónyuge infractor una condena a pena privativa de la libertad superior a dos años que significa la deshonra por el hecho de la imposición de una pena a uno de los consortes debido a su 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 por la comisión de un ilícito penal sancionando por el ordenamiento jurídico penal, como por ejemplo haber cometido el delito de homicidio, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, etc.; en cambio, el elemento subjetivo, por la libre y consciente voluntad ese acto delictuoso sancionado por la ley penal que se manifiesta en una resolución judicial condenatoria. Se trata de una causa indirecta, inculpatoria y perentoria".¹⁸⁹

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ Peralta Andía, Javier Rolando (2010), op. cit., pág. 72

De lo que opina Barros Errázuriz, se tiene en cuenta que la ley condena al cónyuge culpable que ha cometido delito, ya sea cualquiera, ya que la ley solo especifica que la pena sea mayor a dos años y que consecuentemente sea después de la celebración del matrimonio; aquí no se tiene en cuenta si el que es consorte antes del matrimonio ha sido condenado a pena privativa de libertad (delito en concreto), o también si el que es consorte ha sido condenado a un delito del que no es deshonoroso, como los delitos de corte político; en este caso la ley deja en manos del cónyuge inocente, pedir el divorcio por causal o no.

De Ruggiero anota sobre el particular que:

"... Precisa (esta causal) que la condena sea grave (...).

La condena que autoriza el ejercicio de la acción es la que tiene lugar durante el matrimonio: quien se decía a contraer matrimonio con persona ya condenada acepta la suspensión forzosa de la vida común y el unirse en vínculo matrimonial con un delincuente. Sin embargo, la condena anterior puede ser ignorada por el otro esposo; en tal caso, la acción de separación es ejercitable. Esta causa de separación difiere por su fundamento de las restantes, porque solo de modo indirecto puede hablarse aquí de culpa y de incumplimiento de los deberes conyugales; su verdadera justificación radica en el sentimiento del honor y de la dignidad que el otro cónyuge defiende, haciendo cesar la comunidad de vida y de intereses con el delincuente".¹⁹⁰

Valencia Zea trata lo concerniente a la causal (divorcio o de separación de cuerpos) de condena a pena privativa de libertad personal del modo que se reproduce a continuación:

"En primer lugar, al juez del divorcio (o la separación de cuerpos) debe presentarse una sentencia debidamente ejecutoriada del juez penal en que conste que un cónyuge ha sido condenado a pena privativa de libertad (...) Con razón, (...) (se) exige que contra la sentencia no exista recurso alguno.

En segundo lugar, la sentencia no debe haber perdido su valor o eficacia a consecuencia del ejercicio del recurso de revisión, de una amnistía o de una rehabilitación. Sin embargo, si se produjo el divorcio y

¹⁹⁰ *Ibidem*, págs. 99-100

posteriormente advierten la amnistía, la revisión o la rehabilitación, los cónyuges quedan definitivamente divorciados.

En tercer lugar, tanto el delito como la condena deben haberse verificado durante el matrimonio, pues (...) debe tratarse de delito común de uno de los cónyuges, o sea cuando ya tenían esa calidad. No se tienen en cuenta los delitos cometidos por uno de los cónyuges antes del matrimonio, aunque la condena produzca durante el. Sin embargo, un grave delito cometido antes del matrimonio que no tuvo manera de conocer el otro cónyuge, puede constituir ultraje o injuria que haga imposible la paz doméstica, caso en el cual puede pedirse el divorcio (o la separación de cuerpos)..."¹⁹¹

Al respecto, Rippert y Boulanger opinan que:

".. La deshonra resulta de una condena a una pena grave, recae indirectamente sobre el cónyuge del condenado; la ley reconoce a ese cónyuge, herido en su honor, el derecho de obtener la ruptura del matrimonio.

Esto supone que el cónyuge no aprobó la actividad criminal del condenado..."¹⁹²

Los anteriores tratadistas indicados, precisan que para la configuración de la causal bajo examen se requiere:

- 1º. "Que hay una condena (...);
- 2º. Que la condena haya sido pronunciada por un tribunal francés (entiéndase tribunal nacional) (...);
- 3º. Que sea definitiva (la condena) (...);
- 4º. Que no hay sido borrada ni por rehabilitación ni por amnistía (...). Pero el indulto, que la simple remisión de la pena, no borra la condena (...);
- 5º. Que haya sido pronunciada durante el matrimonio (...). Poco importa que el crimen haya sido cometido antes del matrimonio.

¹⁹¹ Ídem.

¹⁹² *Ibidem*, pág. 101

En cuanto a la condena anterior al matrimonio, no es una causa de divorcio (o de separación de cuerpos)..."¹⁹³

Así mismo en otras líneas agregan los conocidos tratadistas Ripert y Boulanger, que por último refieren que: "... en cuanto a las condenas penales, (...) la prueba podría resultar de un simple extracto del registro de condenas penales".¹⁹⁴

De acuerdo a lo normado en el artículo 333 –inciso 10)– del Código Civil, es causal de separación de cuerpos la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor a dos años, impuestas después de la celebración del matrimonio.

Entonces Hinostroza Minguez refiere que: "la razón de ser de esta causal no radica en el tiempo de privación de libertad del cónyuge culpable –que implicaría un incumplimiento de sus deberes matrimoniales–, sino en el agravio que significa para el cónyuge inocente que su pareja sea un vulgar delincuente. Debido a ello, si tuviera conocimiento del evento delictivo (por estar siendo procesado o haber sido condenado antes del matrimonio) no podría invocarse esta causal, pues el casarse esta sobreentendido el perdón del agravio sufrido, conociera desde antes (al respecto, el art. 338 del C.C. prescribe que no puede invocar la causal en estudio quien conoció el delito antes de casarse). Tampoco se puede invocar esta causal si se le iniciaría un proceso penal a uno de los cónyuges después de celebrado el matrimonio, ya que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (art. 2 –inciso. 24), literal e)– de la Constitución de 1993). Por consiguiente, será necesaria la respectiva sentencia condenatoria, al ser la que determina la comisión del hecho delictual por el cónyuge culpable y que da lugar a la certeza del agravio inferido `indirectamente´ al cónyuge inocente".¹⁹⁵

¹⁹³ Ídem.

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ Ibídem, págs. 101-102

11) CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN

Con arreglo a lo previsto en el artículo 333 –inciso 11)– del Código Civil constituye causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Según Hinostroza Minguez, "La imposibilidad de hacer vida en común en que consiste esta causal no debe derivar de la configuración de alguna de las causales prevista en los incisos 1) al 10) y 12) del artículo 332 del Código Civil (que contemplan hechos que, de por sí, no hacen posible o soportable la vida en común), porque si ese fuera el caso habría que invocar la causal que corresponda contenida en algunos de los incisos aludidos precedentemente. La causal que estudiamos en este punto no significa otra cosa sino la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado tal que no es posible que uno u otro puedan hacer vida en común. Para que se configure esta causal no es suficiente que los esposos tengan caracteres distintos (pues es obvio que, por más afinidad que una persona tenga respecto a otra, siempre los seres humanos tendrán diferente forma de pensar y de sentir), sino que resulta imprescindible, lo que acarrea un estado de permanente conflicto entre los cónyuges y justifica la separación de cuerpos (o divorcio) de estos últimos".¹⁹⁶

La causal de imposibilidad de hacer vida en común como nos menciona Hinostroza Minguez, enmarca que no debe estar encuadrada dentro de las demás causales antes señaladas (incisos 1 al 10 y 12 del artículo 332 del Código Civil), que se entienden de por sí hacen insoportable la vida en común, esta causal tiene una especial manera de probar, que la incompatibilidad de caracteres entre los consortes u esposos, de modo tal que haga insoportable la vida en común, un estado permanente de conflicto, contienda, discusión que no ponen de acuerdo a ambos esposos, que por tanto solo ocasione diferencias a cada momento; y que por lo tanto el único remedio que pone la legislación es el divorcio (previamente la separación de cuerpos).

La imposibilidad de hacer vida en común, como bien refiere la doctrina, consiste en la incompatibilidad de caracteres, no es que se justifique que ambos cónyuges tengan caracteres distintos, pues es de antemano que

¹⁹⁶ Hinostroza Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 102

tal condición, es distinta en cada persona, pues esta configura su personalidad; pero aparte de esto podemos intentar plantear una forma distinta de llevar esta causal a cabo, pues como de frondoso, variado y pluricultural nuestro país, es ahí donde radicaría la imposibilidad de hacer vida en común, ya que las costumbres y formación son distintas, de tal modo que las conductas sean distintas, y el modo de responder ante los problemas, también lo sean.

"Se trata de la recepción legislativa, en nuestro sistema jurídico, la tesis de matrimonio desquiciado o dislocado; vale decir, la consideración al grado que la desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado y, por ello, no pueda alentarse esperanza alguna de reconstrucción del hogar. Se sustenta en la falta de interés social en mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos".¹⁹⁷

La Corte Suprema de Justicia de la Republica, en relación a la causal de separación de cuerpos (o divorcio) consistente en la imposibilidad de hacer vida en común, ha establecido lo siguiente:

— "... El artículo 333, inciso 11º, del Código Civil, establece como causal de separación de cuerpos la relativa a la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. [...] Dicha causal se presenta como causal basada en las dos maneras que hay de concebir el divorcio: como remedio y sanción. Siendo evidente que la causal de imposibilidad de hacer vida en común se presenta como una causal en que el divorcio es un remedio y sanción ya que la única forma de dar solución a un matrimonio en el que se pretende tal causal, es poniéndole fin, porque uno de los cónyuges es el que hace imposible la vida en común. Es que la imposibilidad de hacer vida en común constituye [sic] aquellas determinadas conductas de uno de los cónyuges que hacen imposible la vida en común..." (Casación 5711-2007/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23370-23371).

¹⁹⁷ Plácido Vilcachagua, Alex F. (2001), op. cit., págs. 85-86

- "... La imposibilidad de hacer vida en común importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y su imputabilidad al otro consorte; quien con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio; por eso y por tratarse de una causal inculpatoria deben exponerse los hechos que, imputados al otro consorte, provoca la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común..." (Casación 1500-2007/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23652-23654).
- "... A pesar que la *ratio legis* de la norma fue la de identificar y encasillar esta nueva causal [imposibilidad de hacer vida en común] con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades, se comprueba que ella no puede ser invocada de esa manera, por cuanto los factores que determinan la incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino de la pareja, por lo que [...] no puede pretenderse la incompatibilidad de caracteres, pues se estaría vulnerando el artículo 335 del Código Civil..." (Casación 4895-2007/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, págs. 22437-22438).
- "... Cuando la ley señala que es causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial, quiere decir que es el mismo proceso que se plantea para lograr la disolución del vínculo matrimonial en que debe demostrarse dicha imposibilidad, bastando únicamente que dicha causal se encuentre debidamente acreditada..." (Casación 5711-2007/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23370-23371).
- "... La cuestionada interpretación del referido inciso 11 del artículo 333 del Código Civil es evidentemente errónea, toda vez que ni de su texto ni de su espíritu aparece la exigencia que alude el Colegiado Superior, dado que para acreditar sus pretensiones las partes tienen a su disposición los diversos medios probatorios que autoriza el Código adjetivo [C.P.C.], sin que el material probatorio deba provenir necesariamente de un proceso anterior. [...] que, por las consideraciones expuestas, debe concluirse que cuando

el inciso 11º del artículo 333 del Código Civil dispone como causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, debe entenderse que los medios probatorios se pueden hacer valer en el correspondiente proceso judicial, como en el caso de autos [sobre divorcio]; así como también provenir de proceso judicial previo..." (Casación 2871-2005/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, págs. 18623-18624).

— "... De acuerdo con el principio de la Invocabilidad contemplado en el artículo trescientos treinticinco del Código acotado [C.C.], la mencionada causal [imposibilidad de hacer vida en común] solo puede ser invocada por el cónyuge agraviado, no por el que cometió los hechos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida en común; [...] se trata de una nueva causal inculpatoria y, en consecuencia, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida en común y quien [sic –léase quién–] los provoco a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponda..." (Casación 1500-2007/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23652-23654).

De acuerdo con Gastón Quevedo Pereyra,¹⁹⁸ ...Bajo la óptica doctrinaria, la causal en estudio determina una tímida orientación del legislador nacional hacia el ámbito de divorcio, remedio que en esencia no busca establecer imputaciones civiles de conductas antijurídicas de pareja, situaciones que en conjunto afectan los deberes conyugales e imposibilitan la vida en común de manera terminal, aspecto que si fuera el caso contrario se enmarcaría dentro de los parámetros de apreciación de la órbita sancionadora.

El sistema nacional actual parece orientarse en una fórmula mixta, limítrofe con el tenor del artículo 335 del Código Civil que impide el hecho propio como causal de postulación. El tratamiento del mencionado artículo deja decididamente en manos del juzgador la calificación del

¹⁹⁸ Quevedo Pereyra, Gastón Jorge; "La imposibilidad de hacer vida en común vs. La incompatibilidad de caracteres", Diálogos con la Jurisprudencia: Jurisprudencia Civil Extramatrimonial, (Número 121): octubre, 2008. pág. 121

hecho de infidelidad de pareja bajo el mandato que reza al final de la causal debidamente probada en proceso judicial.

Así, la causal desde la óptica del juzgador se entenderá que deba sustentarse en hechos objetivos que evidencien de manera indubitable la absoluta imposibilidad de hacer vida en común con el cónyuge emplazado, tratase además de graves afecciones morales, pero no solo alegadas en una demanda y tramitaciones varias, sino apreciadas razonablemente mediante auxilios judiciales pertinentes; pericias psiquiátricas, psicológicas, y similares.

Pero queda absolutamente claro que la causal invocada pierde pureza de probanza si invade el campo o esfera de influencia legal de otras causales que si bien pueden semejarse, no guardan estricta relación con la institución que venimos a dilucidar.

De acuerdo con el apreciado comentario de Gastón Quevedo, se tiene que tener en cuenta que la imposibilidad de hacer vida en común, tiene que necesariamente ser apreciada razonablemente, es decir, que haya afecciones morales que puedan ser apreciadas por auxilios judiciales, como pudieran ser visitas de asistencia social, pericias psicológicas, pericias psiquiátricas, entre otras, formas que puedan determinar la imposibilidad de hacer vida en común.

Como aspecto muy importante para esta causal, se tiene que tener en cuenta, lo difícil de la prueba, pues es de amplia complejidad que no necesariamente dos personas que no se llevan bien en el matrimonio, sea razón suficiente para demandar la causal de imposibilidad de hacer vida en común, con mucha mayor razón, si se interpreta al matrimonio como un negocio, pues uno pierde y el otro gana y así viceversa. Según nuestra realidad los matrimonios subsisten ya sea que uno de los cónyuges sea uno de carácter fuerte y el otro de carácter blando, pues alguien tiene que llevar las riendas de la familia, o caso contrario ambos pueden ser de carácter fuerte o de carácter blando, y aun así hay familias que subsisten; no pudiendo saber la fórmula para la felicidad y la estabilidad familiar; lo que si hay que tener en cuenta, es que todo en extremo no es bueno, en este caso para la familia.

12) CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO POR EL PLAZO LEGAL

Generalidades

Según Trabucchi, "la separación, se dice, de hecho, cuando los cónyuges, sin ningún procedimiento formal, se separan (o se apartan) cada uno por su cuenta".¹⁹⁹

Para Alterini, la separación de hecho "... obedece, simplemente, a la voluntad de los cónyuges, y deriva del hecho material de continuar la convivencia. La separación de hecho (...) no produce efectos jurídicos desde que subsiste el status matrimonial..."²⁰⁰

Por su parte, Albaladejo refiere que:

"Estos (los cónyuges), de hecho, pueden hallarse separados, con o sin acuerdo de ambos.

Es decir, no convivir porque ambos no lo quieran o porque por decisión de uno la separación se haya efectuado sin contar o contra la voluntad del otro, bien no tolerándolo este desde un principio, o bien llegando a aceptarla o a no reaccionar contra ella después, o bien aunque oponiéndose a la misma antes e incluso seguir haciéndose después, como si, por ejemplo un cónyuge abandono al otro o incluso a la familia entera, etc."²⁰¹

La separación de hecho, es el alejamiento de los consortes, con el acuerdo o sin acuerdo de ambos, es decir que la separación de hecho consiste en la dejación de hogar conyugal, por un plazo establecido por ley, esto, para llegar a la separación de cuerpos (y luego al divorcio), también en la separación de hecho implica no solo dejar al cónyuge, sino también a la familia con la que se convive en el momento del abandono del hogar conyugal.

Jemolo apunta sobre la materia lo siguiente:

"... las diversas obligaciones impuestas (...) determinan otros tantos derechos que competen a la otra parte; pero esta es libre para hacerlos valer o no, aunque sin poder renunciar a ellos, en el sentido de una

¹⁹⁹ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit., pág. 104

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ Ídem.

expoliación definitiva. Así ocurre con la obligación de la convivencia (cohabitación...).

Si los cónyuges no quieren convivir, el Estado no interviene en modo alguno (...) para forzarles a que hagan vida en común, ni califica como jurídicamente reprochable el comportamiento de los dos cónyuges que no convivan bajo el mismo techo. Es este, por lo demás un estado de hecho que no engendra ni hace que se pierdan derechos (así, en principio, la separación de puro hecho no es obstáculo a la instancia de separación legal), sino en los límites en la que ley puede tomar en consideración el estado de hecho, como indicio de la voluntad de una o de las dos partes, y reconocer efectos a la voluntad así manifestada. Este es seguramente el sistema de la ley, donde no hay más que la separación pronunciada por la autoridad judicial por culpa de uno o de los dos cónyuges y la separación consensual homologada por el tribunal; y fuera de estos casos se da siempre la obligación de la cohabitación.

Pero eso, no respondería a nuestro sistema considerar la separación de hecho como un tercer tipo de separación que se pusiese junto a la separación por culpa y a la homologada por el tribunal".²⁰²

Jemolo en su comentario apunta, que la separación de hecho, es un acto en que no revierte el derecho, es decir, que la ley no obliga a los consortes a hacer vida en común, cuestión moral que si la hace; ya sea por culpa uno o de los dos, que ya no convivan bajo el mismo techo, rompan la cohabitación prometida entre ambos durante la celebración del matrimonio.

Doménico Barbero, en cuanto a la separación de hecho, opina de este modo:

"... Los cónyuges están obligados a convivir (...). Esto, incluso, contra la voluntad unilateral de uno de los dos. Pero no también contra la voluntad concorde de ambos. Es decir, que ellos, de común acuerdo, se pueden también separar.

Es esta una separación consensual de mero hecho llamado también más brevemente separación de hecho. (...) No tiene efecto sin la homologación del tribunal. ¿Qué quiere decir esto `no tiene efecto`?

²⁰² *Ibidem*, págs. 104-105

Ciertamente, no quiere decir que este prohibida. Por tanto, si esta admitida, un efecto tiene: y es que entre los cónyuges no hay cohabitación. Por lo demás, no tiene efecto en sentido de que no hace desaparecer por la ley los derechos y deberes entre los cónyuges. Es decir, no tiene ningún efecto vinculante, en el sentido de que el estado de hecho de separación dura mientras perdura el consentimiento de ambos cónyuges. Pero en cualquier momento en que uno de ellos exija la actuación de las relaciones legales, el otro tiene que consentir en ellas".

En lo descrito por Doménico Barbero, enuncia que los cónyuges necesariamente se encuentran obligados a la cohabitación (vivir juntos en palabras comunes), que en caso de acuerdo entre ambos, se pueden separar (separación de hecho). Esta separación de hecho dura lo que decidan entre ambos, no existe causal, pero cuando el acuerdo consensuado desaparezca, el otro necesariamente tiene que consentir la convivencia, esto con la observación de no alterar el estado de ánimo de tranquilidad y calma que se debe de vivir en el hogar, ni tampoco permitir ninguna clase de violencia.

Holley anota sobre el tema que "... la expresión `separación de hecho´ es genérica: abraza dos situaciones diversas (la separación amigable y el abandono), según que la separación conyugal extrajudicial se realice con el consentimiento de los cónyuges, o por la voluntad de uno solo de ellos..."²⁰³

"Varios elementos le dan a la separación una naturaleza especial vida en común suspendida, pero no definitiva sino provisoriamente; los derechos legales que tienen los cónyuges para obligarse a cohabitar no se han extinguido, sino están en suspenso; la obligación de socorro subsiste, pero se cumple separadamente (...); las reglas legales entre padres e hijos rigen igual que antes, pero en principio, porque la separación les impone ciertas modificaciones, etc.

Una observación esencial sugiere, pues, el análisis de la separación de hecho. –Comparándola con el régimen normal del matrimonio, se diferencia, porque la cohabitación se suspende y no hay entre los cónyuges esos vínculos de unión que hacen del matrimonio una unión de personas–. Sin embargo, las reglas matrimoniales siguen rigiendo

²⁰³ Ídem.

imperturbables, por lo menos aparentemente, porque se imponen ciertas atenuaciones especiales. Comparándola con el divorcio, se nos revela casi como un divorcio de hecho; pero es menos grave, de existencia precaria y provisoria, no obstante lo cual se aplican ciertas reglas, principalmente en lo que concierne a los hijos.

Ni régimen normal ni anormal, absoluto, es el de la separación extrajudicial; un diminutivo de ambos, quizá—. Acercándola al primero aparece como una dislocación; acercándola al segundo, es un divorcio mitigado—. Con ambos regímenes tiene semejanzas y diferencias—. La separación de hecho no es susceptible, pues, de ser encuadrada sin contemplaciones dentro de alguno de estos estados jurídicos, porque es un estado intermedio entre la vida común y el divorcio..."²⁰⁴

En lo que Holley comenta acerca del divorcio (y separación de cuerpos), respecto a la causal de separación de hecho, asombra el hecho que se entiende de dos formas distintas la separación hecho, una la separación amigable, que se entiende de mutuo acuerdo entre los cónyuges o consortes, es decir que ambos se hayan en la culpa de la separación; la otra forma se distingue claramente en el abandono, que quiere decir que el consorte (varón o mujer, según sea el cónyuge culpable) deja el hogar conyugal, suspendiendo el deber de la cohabitación.

Olga A. Alcántara, prescribe acerca del daño derivado de la separación de hecho o del divorcio en el Tercer Pleno Casatorio, donde acerca de la indemnización, responde que: "La reparación del daño puede realizarse de dos formas distintas: la primera, a través de la reparación in natura o específica o en especie, que importa el restablecimiento de la situación anterior a la ocurrencia del evento dañoso reparando o enmendando la cosa dañada; y la segunda, que es la reparación por equivalente, la cual procede ante la imposibilidad de hacer efectiva la primera forma de reparación. La reparación por equivalente consiste en la entrega de una cantidad de dinero a la víctima para compensar el daño sufrido.

La reparación in natura o específica es la forma más perfecta pues cumple el objetivo a cabalidad, y es además, la preferida por la mayoría de estudiosos; aunque no es, necesariamente, posible o puede resultar insuficiente por no alcanzar a reparar aquellos perjuicios que se "han

²⁰⁴ *Ibidem*, págs. 106-107

producido en el intervalo de tiempo que ha mediado entre la causación del daño y el restablecimiento de la situación ex ante". Frente a la imposibilidad y la insuficiencia de la reparación in natura, la reparación por equivalente cobra importancia y "adquiere su razón de ser la valoración, porque consistiendo la reparación por equivalente en la entrega al perjudicado de una cantidad de dinero capaz de compensarle los daños que ha sufrido, se hace preciso determinar en cada caso cual ha de ser esa cantidad. Dicho de otro modo, se hace necesario proceder a una valoración, la cual consiste en traducir los daños causados a unidades monetarias, de modo tal que, a través de la suma acordada, se compensen al perjudicado los daños sufridos".²⁰⁵

2.2.12.4. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO POR CAUSAL

En lo relativo a la caducidad del divorcio por causal se halla expresamente normado en el artículo 339 del Código Civil. Que según el artículo 355 también son reglas aplicables al divorcio; que según Rebeca S. Jara y Yolanda Gallegos, mencionan que son las siguientes:

- "La acción de divorcio por la causal de adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.
- "Si es que no existe en autos prueba que acredite que la accionante tuvo conocimiento del adulterio, corresponde aplicar el término de cinco años para el cómputo de la caducidad contados desde el nacimiento del hijo extramatrimonial".
- La acción de separación de cuerpos por causal de adulterio caduca, en todo caso, a los cinco años de producida. En tal caso, el cómputo del citado plazo debe iniciarse desde la fecha de nacimiento del último hijo extramatrimonial del demandado.
- La norma contenida en el artículo 339 del Código Civil es de naturaleza procesal; por lo tanto, no es procedente denunciar su interpretación errónea a través de la causal contenida en el inciso primero del artículo 286 del Código Procesal Civil.

²⁰⁵ Gaceta Civil & Procesal Civil (2016); "Los Plenos Civiles Vinculantes de la Corte Suprema", primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú, págs. 110-112

- Al no haberse establecido antes de los cinco años del nacimiento del menor en qué tiempo, momento o fecha tuvo conocimiento de la existencia del hijo extramatrimonial el otro cónyuge, el plazo de caducidad debe empezarse a computar desde el momento de la concepción, que es la causa de adulterio.
- Cuando se trata de un divorcio por causal de injuria grave, para poder determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad, lo que debe establecerse es cuál es a juicio de la demandante -y no del juzgador- el hecho que ultraja sus sentimientos y su dignidad, pues se trata de una calificación eminentemente subjetiva y de orden moral que -a diferencia de la sevicia- no deja huella objetiva y que solo puede ser calificada por el cónyuge agraviado.
- Cuando el cónyuge inocente considera que el acto injurioso está constituido por la denuncia penal que le formuló su cónyuge, habiendo sido absuelta del delito imputado, se desprende que la causa se originó en la absolución de los cargos; y por ende el plazo de caducidad se computa desde que quedó ejecutoriada la sentencia penal absolutoria.
- La norma contenida en la primera parte del artículo 340 del Código Civil responde al criterio establecido por el legislador de considerar las causales de separación de cuerpos así como las de divorcio, como una sanción, en la que se imputa al cónyuge culpable la causa de separación, por ende, merecedor de ciertas restricciones punitivas como el de suspenderle el ejercicio de la patria potestad de los hijos. Debido a la naturaleza imperativa de dicha norma no puede oponerse a ella ningún acuerdo de conciliación celebrada entre los cónyuges.
- La tenencia de un menor a cargo de su progenitor es por naturaleza de carácter provisoria, supeditada a la buena formación, enseñanza, educación y buenos modales que se le implanta, y como tal no causa cosa juzgada".²⁰⁶

Al otorgar términos de caducidad para el accionar del cónyuge afectado; recordemos que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda de separación en hecho propio, con la finalidad de obtener la suspensión de los deberes al lecho y habitación y, consecuentemente poner fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Sin embargo, como lo hemos señalado, causal es como la sevicia y la injuria grave no debería estar bajo un

²⁰⁶ Jara Quispe, Rebeca S. y Gallegos Canales, Yolanda (2014) "Manual de Derecho de Familia – Doctrina, Jurisprudencia y Práctica", Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú, págs. 246-247

término de caducidad tan corto ya que, al tratarse de situaciones indeterminables en un solo acto, significaría una limitación, en la vía civil, de accionar frente a la presencia de tales situaciones.

2.2.13. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y EL DIVORCIO ULTERIOR

Para Alex Placido Vilcachagua, “Los actuales sistemas legislativos admiten el mutuo consentimiento, tanto en la separación personal o de cuerpos como en el divorcio vincular. De esta manera se evita la inculpación recíproca de los cónyuges, real o fingida, para obtener la sentencia. En lo procesal, contemplan un procedimiento más sencillo y, por lo tanto, menos costoso. Finalmente, en cuanto a los efectos de la sentencia de separación, el acuerdo de los cónyuges permite regular de mejor modo lo referente a los hijos y bienes del matrimonio”.²⁰⁷

En el último aspecto tratado, es decisivo y condiciona la obtención de una sentencia de separación que en proceso tramitan los cónyuges. El juez necesariamente debe examinar si las condiciones estipuladas por los cónyuges son aceptables desde el punto de vista del interés familiar especialmente respecto de los hijos menores que tuvieran estos. Debe poder rechazar el convenio y negar su homologación si esas condiciones no son aceptables para que los cónyuges presenten otras distintas a la vista de sus observaciones.

Otro requisito habilitante de la separación consensual (convencional o de mutuo acuerdo como también se le conoce) suele ser la exigencia de un plazo mínimo de duración del matrimonio para poder solicitar la separación; la que determinada por ley es de dos años.

En palabras de Mariano Montoya Calle, “Esta forma de separación es la más frecuente en los esposos cuando desean divorciarse; para acceder a tener la calidad de titulares de esta clase de pretensión, se requiere que el matrimonio tenga una existencia de por lo menos 2 años, conforme lo exigido por el artículo 333, inciso 12, del Código Civil”.²⁰⁸

El jurista Cornejo Chávez expresa que la ley: “Admite la separación convencional, sin otra condición que la de que hay transcurrido dos años de la celebración del

²⁰⁷ Placido Vilcachagua, Alex F. (2008), “Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil”, primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú, pág. 23

²⁰⁸ Montoya Calle, Mariano (2006), “Matrimonio y separación de hecho”, primera edición, Editorial San Marcos, Lima – Perú, pág. 228

matrimonio, dicho de otro modo, sin más condición que la de que este último haya durado dos años y un día, cuando menos".²⁰⁹

La Separación Convencional, se podría entender como aquella referida a una de las causales previstas en el artículo 333º del Código Civil que permite a los cónyuges, de manera conjunta, solicitar la Separación de Cuerpos debido a que existe mutuo consentimiento, lo que evitaría la inculpación recíproca de los cónyuges para obtener la sentencia final, pero para solicitarla la ley prevé un plazo mínimo de duración del matrimonio, es decir, que exista entre los cónyuges la Separación Convencional después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

2.2.13.1.SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN VÍA JUDICIAL

De acuerdo con Placido Vilcachagua,²¹⁰ nuestra legislación en esta materia sigue las orientaciones generales expuestas precedentemente, pero admitiendo la separación convencional como causal de separación de cuerpos previa al divorcio. Así, el Código Civil y el Código Procesal Civil se fiaban los requisitos siguientes:

- a) De transcurrido los dos primeros años del matrimonio. El inciso 11 del artículo 333 del Código Civil exige que para invocar esta causal deben haber transcurrido dos años por lo menos de la celebración del matrimonio. Se constituye como una garantía de la seriedad del propósito de separación y sirve como periodo de reflexión a los cónyuges frente a apresuradas decisiones cuando, después de celebrado el matrimonio, surgen inmediatamente desavenencias o problemas conyugales por la incompatibilidad de conductas o caracteres.
- b) Consentimiento inicial expreso de ambos cónyuges. Con la modificación introducida por la Ley N° 27495 a la denominación de la causal, antes llamada "mutuo disenso", se confirma que el consentimiento recíproco, que sugiere el término "separación convencional", debe manifestarse con la presentación de la demanda en forma conjunta. Nuestro sistema no admite la modalidad de la presentación de la demanda por uno de los cónyuges y la posterior adhesión del otro. No obstante, y a pesar de su ratificación en

²⁰⁹ Citado por: Montoya Calle, Mariano; op. cit., pág. 228-229

²¹⁰ Placido Vilcachagua, Alex F. (2008), op. cit., págs. 23-25

la audiencia respectiva, permite que cualquiera de los cónyuges revoque el consentimiento inicialmente prestado dentro de los treinta días calendario posterior a esa audiencia según el artículo 344 del Código Civil, concordado con el artículo 578 del Código Procesal Civil.

- c) Presentación con la demanda de la propuesta de convenio regulador de los regímenes familiares de los cónyuges. La propuesta de convenio regulador es exigida como un requisito especial para la admisibilidad de la demanda (artículo 575 del Código Procesal Civil). El contenido mínimo de este convenio está referido a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales.

Es exigida como requisito especial para que la demanda. Dicho convenio contendrá todo lo referente al régimen de la patria potestad, de alimentos y liquidación de sociedad de gananciales.

- d) Sometimiento a la vía del proceso sumarísimo. La separación convencional se sujeta al trámite del proceso sumarísimo (artículo 573 del Código Procesal Civil).

- e) Aprobación judicial de la separación convencional. La sentencia acogerá el conferido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los derechos inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces (artículo 579 del Código Procesal Civil). La sentencia de separación de cuerpos por esta causal no es objeto de consulta.

La sentencia judicial va a acoger el contenido del convenio propuesto por los cónyuges de manera conjunta, siempre que dicho convenio asegure los derechos de los hijos menores o incapaces, la obligación alimentaria y patria potestad.

- f) La conversión de la separación personal aprobada por el juez en divorcio. El divorcio ulterior puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges luego de transcurridos dos meses desde la notificación de la sentencia de separación (artículo 354 del Código Civil, modificado por la Ley N° 28384). El juez expedirá sentencia luego de tres días de notificada la otra parte sobre el pedido formulado (artículo 580 del Código Procesal Civil) y declarará disuelto el vínculo matrimonial si comprueba los presupuestos para su procedencia: la legitimidad para obrar del solicitante y el transcurso del plazo mínimo legal de seis meses.

- g) Improcedencia de la consulta de la sentencia que declara el divorcio ulterior, si esta no es apelada. Si no se apela la sentencia que declara el

divorcio en mérito de la separación convencional, aquella no será consultada (artículo 359 del Código Civil, modificado por la Ley N° 28384).

En relación con los alimentos, la jurisprudencia ha señalado que "Con el divorcio cesa la obligación de alimentarse entre cónyuges, por lo que corresponde a las partes en los casos de separación convencional expresar en el convenio su intención contraria, esto es, pactar que la obligación se extenderá más allá de la disolución del vínculo matrimonial, puesto que en el caso de no establecer acuerdo en contrario, existe un motivo legal para que se considere una voluntad tacita de limitación de los alimentos".

2.2.14. DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL EN EL PERÚ

“En relación con el régimen legal de divorcio en el país, siguiendo este proceso flexibilizador que acotáramos precedentemente, estas últimas disposiciones, amplían y facilitan las posibilidades de divorciarse en el Perú. Cabe señalar que esta normatividad no ha derogado la legislación sustantiva y procesal relativa a la separación convencional y divorcio ulterior judicial, el que se encuentra vigente, en todo caso los usuarios encuentran en el divorcio notarial o municipal una alternativa más a la que pueden acceder, si reúnen las condiciones requeridas para tal efecto. El divorcio notarial o municipal exige, al igual que el judicial, que los cónyuges tengan por lo menos dos años de haber contraído matrimonio. Difiere con este último los siguientes aspectos”:²¹¹

- a) Procede cuando los cónyuges no tienen hijos menores de edad o mayores incapaces, así como cuando los cónyuges que se encuentren bajo el régimen de sociedad de gananciales carezcan de bienes, o sus relaciones patrimoniales se sujeten al régimen de separación de patrimonios.
- b) En caso de que los cónyuges tengan hijos menores de edad o mayores incapaces es posible acceder por estas vías, siempre que exista pronunciamiento judicial firme respecto de la patria potestad , régimen de visitas, alimentos, interdicción, o en su defecto estas materias hayan sido objeto de conciliación de acuerdo a la Ley de la materia, N° 26872 y su Reglamento, la que exige autorización gubernamental del centro de conciliación para estos fines específicos, así como la intervención de un conciliador especializado en familia.

²¹¹ Cabello Matamala, Carmen Julia (2009), op. cit., s.p.

- c) En materia patrimonial, a diferencia del requerimiento judicial de inventario de bienes con firma legalizada de los cónyuges, a la vía notarial o municipal se le condiciona, de existir bienes, que el régimen de sociedad de gananciales haya fenecido, sea por una variación convencional, la que se perfecciona mediante escritura pública y su inscripción en los Registros Públicos, o el fallo judicial que de manera inculpatoria amparando la causal de abuso de facultades, dolo o culpa de uno de los cónyuges, permite al órgano jurisdiccional decretar la separación de patrimonios.
- d) En cuanto al procedimiento, en las tres modalidades convencionales los cónyuges acceden en primer término a la declaración de separación de cuerpos, para posteriormente, luego de dos meses, solicitar la disolución del vínculo. Divorcio que es declarado a pedido de parte, no pudiendo ser de oficio de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 354 del Código Civil y artículo 7 de la Ley N° 29227. En consecuencia, aún no podemos sostener que haya un acceso directo al divorcio convencional en nuestro régimen legal.
- e) La diferencia más relevante que advertimos en las tramitaciones es que en el proceso judicial aún subsiste la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges luego de la audiencia pueda revocar su consentimiento dentro de los treinta días siguientes, cuestión que no se prevé en el trámite notarial o municipal, por lo que en estos casos es suficiente mantener el consenso hasta la audiencia que se contempla, en la que los cónyuges o sus representantes ratifican su solicitud de separación convencional.
- f) Las tres vías contemplan aún la defensa cautiva, debiendo los cónyuges contar con la asesoría de un(a) abogado(a). Sólo en el caso municipal será la asesoría legal del órgano de gobierno local, quien cumplirá tal función.
- g) En cuanto a la competencia, tanto los notarios como las municipalidades conocerán los divorcios de aquellos cónyuges cuyo último domicilio conyugal se encuentra bajo su jurisdicción, para lo cual se requerirá de la declaración jurada respectiva. De tal disposición se desprende que en el caso de los cónyuges cuyo último domicilio conyugal fuese en el extranjero, corresponde a los jueces tramitar y disponer el divorcio, observando dado el carácter internacional de la relación, las normas de Derecho Internacional privado establecidas en el Código Civil.

2.2.14.1. REFLEXIONES ACERCA DE LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN LA VÍA NOTARIAL Y MUNICIPAL

Placido Vilcachagua²¹², adhiere que el 16 de mayo del 2008 fue publicado en el diario oficial El Peruano, la Ley N° 29227 que específicamente regula el procedimiento en asuntos no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en sede notarial y municipal, habiéndose publicado además su reglamento mediante Decreto Supremo N° 009-2008-JUS²¹³, con fecha 13 de junio último. Con esta normativa se simplifica el trámite de la separación convencional, pues ahora también puede llevarse a cabo ante notarias y municipalidades.

Lo que se busca con la Ley N° 29227 y su Reglamento es que disminuya la carga procesal en el Poder Judicial por estos tipos de conflictos, pues como se sabe no generan mayor controversia por el simple hecho de que los cónyuges están de acuerdo. Cuando la Ley fue presentada como proyecto ante el Congreso, se sostuvo que para contraer matrimonio civil, es necesaria la declaración de voluntad en forma oral o escrita ante el Alcalde Provincial o Distrital del domicilio de cualquiera de los solicitantes. En tal sentido, la misma autoridad que celebró el matrimonio debe encontrarse legítimamente facultada para disolverlo.

Haciendo un breve análisis entre un proceso judicial contencioso y un proceso no contencioso en sede notarial o municipal. Se tiene en cuenta que un proceso de separación convencional tramitado a nivel judicial, conforme lo dispone el artículo 579° del Código Procesal Civil, el juez tiene la posibilidad de aprobar o desaprobar el convenio propuesto, cuando no se asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos

²¹² Placido Vilcachagua, Alex F. (2008), op. cit., págs. 25-28

²¹³ Artículo 5º del Reglamento. De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley, sólo pueden acogerse al procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior los cónyuges que cumplan con los siguientes requisitos:

- 1) No tener hijos menores de edad o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad.
- 2) No tener hijos mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de la curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores con incapacidad. Para el caso de estos hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquellos y el nombramiento de su curador.
- 3) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales o contar con Escritura Pública de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, inscrita en los Registros Públicos.

de los menores o incapaces y es donde el Ministerio Público tiene una actuación determinante al ser el defensor de los intereses de la sociedad en ésta caso de la familia y de los hijos menores.

En cambio, en el procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y las Notarías, esta posibilidad de no acoger el convenio no existe, en primer lugar, porque ya no hay convenio, pues ya está resuelto. El Régimen Patrimonial no debe ser liquidado ni debe regularse el régimen de la patria potestad pues su contenido concreto: tenencia, régimen de visitas y alimentos debe encontrarse previamente regulado sea mediante sentencia firme o acta de conciliación extrajudicial.

A. Competencia

De acuerdo con el artículo 4 del reglamento (Decreto Supremo N° 009-2008-JUS), son competentes para realizar el procedimiento no contencioso regulado en la ley el alcalde distrital o provincial de la municipalidad acreditada, así como el notario de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar de celebración del matrimonio.

B. Requisitos de la solicitud

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la ley y 5 del reglamento, solo pueden acogerse al procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior los cónyuges que cumplan con los siguientes requisitos:

- a) No tener hijos menores de edad o, de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad.
- b) No tener hijos mayores con incapacidad o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 Y su reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de la curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores con incapacidad.
- c) Para el caso de estos hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquellos y el nombramiento de su curador.

- d) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales o contar con escritura pública de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, inscrita en los Registros Públicos.

C. Anexos de la solicitud

La solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se presenta por escrito señalando nombre, documentos de identidad, último domicilio conyugal y domicilio de cada uno de los cónyuges para las notificaciones pertinentes, con la firma y huella digital de cada uno de ellos. El contenido de la solicitud expresa de manera indubitable la decisión de separarse. Constituyen anexos de la solicitud (art. 6 del reglamento):

- a) Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges.
- b) Copia certificada del acta o de la partida de matrimonio, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.
- c) Declaración jurada, con firma y huella digital de cada uno de los cónyuges, de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad.
- d) Copia certificada del acta o de la partida de nacimiento, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, de los hijos menores o hijos mayores con incapacidad, si los hubiera.
- e) Copia certificada de la sentencia judicial firme o del acta de conciliación respecto de los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores, si los hubiera.
- f) Copia certificada de la sentencia judicial firme o del acta de conciliación respecto de los regímenes de ejercicio de la curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores con incapacidad, si los hubiera.
- g) Copias certificadas de las sentencias judiciales firmes que declaran la interdicción del hijo mayor con incapacidad y que nombran a su curador.
- h) Testimonio de la escritura pública inscrita en los registros públicos, de separación de patrimonios; o declaración jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los cónyuges, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales.
- i) Testimonio de la Escritura Pública, inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o de liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso.
- j) Declaración jurada del último domicilio conyugal, de ser el caso, suscrita obligatoriamente por ambos cónyuges.

- k) Documento que acredite el pago de la tasa a que se refiere la disposición complementaria única de la ley, de ser el caso.

D. Procedimiento

De acuerdo con el procedimiento, Placido Vilcachagua²¹⁴, refiere que el alcalde o el notario que recibe la solicitud verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5 de la ley dentro del plazo de 5 días de presentada aquella, luego de lo cual, en el plazo de 15 días fija fecha, convoca y realiza la audiencia única (art. 10 del reglamento, Decreto Supremo N° 009-2008-JUS).

La audiencia única se realizará en un ambiente privado y adecuado. Su desarrollo deberá constar en acta suscrita por los intervinientes y ahí los cónyuges deberán expresar su ratificación o no en la voluntad de separarse.

En el caso de los procedimientos seguidos en las notarías, el acta notarial de la audiencia a que se refiere el artículo 6 de la ley será de carácter protocolar y se extenderá en el Registro Notarial de Asuntos no Contenciosos a que se refiere la Ley N° 26662, declarándose la separación convencional, de ser el caso.

En el caso de los procedimientos seguidos en las municipalidades, se expedirá, en un plazo no mayor de cinco días, la resolución de alcaldía declarándose la separación convencional (art. 12 del reglamento).

Transcurridos dos meses de emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial a que se refiere el artículo 12 del presente reglamento, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o el notario la disolución del vínculo matrimonial. En el caso de los procedimientos seguidos en las notarías, el notario extenderá, en un plazo no mayor de cinco días, el acta notarial en que conste la disolución del vínculo matrimonial y elevará a escritura pública la solicitud a que se refiere el artículo 7 de la ley, la que tendrá el carácter de minuta y se extenderá en el Registro Notarial de Asuntos no Contenciosos.

En el caso de los procedimientos seguidos en las municipalidades, el alcalde expedirá, en un plazo no mayor de cinco días, la resolución que declara la disolución del vínculo matrimonial. Declarada la disolución del vínculo

²¹⁴ Placido Vilcachagua, Alex F. (2008), op. cit., págs. 28-29

matrimonial, el alcalde o el notario dispondrán las anotaciones e inscripciones correspondientes (art.13 del reglamento).

2.2.15. DISTINCIÓN ENTRE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE CUERPOS

Se entiende muy bien que el divorcio es una causa sobreviniente a la puesta en fin del matrimonio válidamente celebrado o contraído entre los cónyuges, entonces el divorcio rompe el vínculo matrimonial existente entre los consortes; mientras que la separación de cuerpos o también conocido como separación legal personal, cesa la vida en común, pero mas no pone fin al matrimonio.

Según Lagomarsino y Uriarte, anotan que los aspectos distintivos de la separación de cuerpos y el divorcio absoluto, son los que se explican a continuación:²¹⁵

- a) Disolución del vínculo matrimonial. El divorcio vincular produce la disolución del matrimonio valido en vida de los esposos, habilitando el rompimiento del vínculo conyugal a celebrar nupcias (...). Por el contrario, la separación personal no disuelve el vínculo matrimonial (...) ni posibilita recuperar la habilidad nupcial y solo hace recaer algunos de los derechos y obligaciones derivadas del matrimonio.
- b) Cesación de los deberes-derechos matrimoniales. Tanto la separación personal como el divorcio vincular exime del deber de habitación, estando permitido a cada una de las personas separadas o divorciadas fijar libremente su residencia o domicilio (...) También cesa su deber de asistencia en su aspecto espiritual, no ocurriendo lo propio con la obligación de los cónyuges de prestarle alimentos.
- c) Recuperación de la habitación nupcial. Como consecuencia inmediata de la disolución del vínculo matrimonial por sentencia de divorcio vincular (...), renace aptitud nupcial para los cónyuges divorciados en forma absoluta, no recurriendo lo propio en el caso de los separados personalmente (...).
- d) Reconciliación matrimonial (...) (La vocación sucesoria) la conserva quien no hubiere dado lugar a la separación culpable (...), el cónyuge enfermo, el esposo que probo no haber dado causa a la separación de hecho anterior. Por su parte, los cónyuges divorciados vincularmente están excluidos entre sí de la vocación hereditaria.

²¹⁵ Hinostroza Mínguez, Alberto (2007), op. cit., pág. 182

2.2.16. DISTINCIÓN ENTRE DIVORCIO Y EL MATRIMONIO DECLARADO NULO

Hay que poner en claro que el divorcio vincular o divorcio absoluto, o como se le conozca en la doctrina, es completamente diferente de la “declaración de nulidad del matrimonio”, y por lo tanto también es distinto la figura de la anulabilidad del contrato de matrimonio; siendo inexistentes por vicios, error, dolo e incapacidad entre otras causales que acarrea la nulidad y la anulabilidad según prescribe la ley (art. 2019 y art. 221 C.C.); es decir con la nulidad y la anulabilidad el contrato de matrimonio se extingue, mientras que con la figura del divorcio se pone fin a al vínculo conyugal existente válidamente.

Para Valencia Zea, “... la nulidad se refiere a matrimonios irregularmente celebrados y que no logran perfeccionarse mediante su saneamiento. El divorcio es la disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración que imposibilitan su continuación normal. El divorcio supone un matrimonio válidamente celebrado, lo que claramente lo diferencia de la nulidad. En esta se presentan hechos anormales en el momento de la celebración; en el divorcio los hechos anormales surgen después de celebrado”.²¹⁶

Entonces en términos razonables el divorcio pone fin a la relación conyugal válidamente celebrado, se diferencia de la nulidad, ya que este matrimonio nulo se contrajo o se celebró de manera inválida. En conclusión y sin más redundar en la diferenciación, el divorcio pone fin a un matrimonio válidamente celebrado entre los contrayentes, mientras que la nulidad del matrimonio consiste en que este se ha celebrado inválidamente desde antes de su celebración y por lo tanto es declarado nulo la relación conyugal existente.

2.2.17. EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL EN VÍA JUDICIAL

2.2.17.1. COMPETENCIA PARA CONOCER EL PROCESO DE DIVORCIO

Para Valencia Zea, "Toda demanda de divorcio debe presentarse ante el juez civil del circuito del domicilio conyugal (...), y si este no existe, del último que haya tenido".²¹⁷

²¹⁶ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit.,, pág. 183

²¹⁷ *Ibidem*, pág. 252

A decir de Borda, "... La acción de divorcio debe intentarse en el domicilio de los cónyuges. La jurisprudencia ha interpretado que se trata del último domicilio conyugal. Este fija cual es el juez competente; pero, claro está, la demanda debe ser notificada en el domicilio real actual del demandado, porque de lo contrario podría ocurrir en el caso de que los cónyuges se hubieran separado de hecho al iniciarse la demanda –que es lo normal– que en el cónyuge demandado no se enterase de la acción entablada, con lo que el juicio seguirá en su rebeldía".²¹⁸

A criterio de Belluscio:

"... La acción debe intentarse en el domicilio de los cónyuges.

(...) Por `domicilio de los cónyuges´ debe entenderse el ultimo domicilio común, es decir, si hubo separación de hecho anterior, el que tenía al tiempo de producirse esta.

(...) (Se) prohíbe la prórroga de la competencia en los asuntos que no sea exclusivamente patrimoniales, lo que impide dicha prorrogación en la acción de divorcio. La solución es evidentemente mala, pues la competencia territorial está establecida por razones de comodidad de los litigantes, de manera que aunque se trate de asuntos extramatrimoniales no hay razón para obligarlos a litigar en lugar distinto del que prefieren, es absurdo imponer competencia de los tribunales del lugar del ultimo domicilio común ya ninguno de los esposos reside en él, o permitir a quien es demandado en su domicilio invocar la competencia de los jueces del otro lugar, cuando la promoción de la demanda allí lo beneficia –al permitirle defenderse más cómodamente– en lugar de perjudicarlo. Por tanto, debería (...) (admitirse) la prórroga expresa o tácita, y (...) (rechazarse) la incompetencia aducida por el cónyuge demandado ante los tribunales de su propio domicilio".²¹⁹

Los autores anteriormente mencionados, difieren que el domicilio conyugal es el determinante para conocer la demanda de divorcio, es decir, que si el domicilio de los cónyuges, es en un distrito determinado, el juez del distrito competente es el indicado para conocer la demanda de divorcio y tramitar conforme corresponde; pero se tiene en cuenta, que cuando los cónyuges entablan el divorcio, estos por costumbre se encuentran separados, es decir, que cada uno tiene domicilio diferente del otro, que para la comodidad y el

²¹⁸ Ídem.

²¹⁹ Ibídem, pág. 253

entendimiento, debe plantearse la demanda en el último domicilio de estos, o a elección del demandante, por cuestiones de razón y territorio.

Según nuestro ordenamiento, tiene competencia para conocer el proceso de divorcio por causal, el Juez de familia del lugar del domicilio del demandado, o del lugar del último domicilio de los cónyuges, a elección de quien impulsa la acción; esto de acuerdo a lo normado en los artículos 24 –inciso 2) – del Código Procesal Civil y 53 –apartado: en materia civil a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como parte del precedente judicial vinculante en cuanto a las facultades tuitivas del órgano jurisdiccional, en el cual se permiten flexibilizar principios y normas procesales, en los procesos de familia, como en el proceso de divorcio; así se tiene en cuenta, que la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, realizada por las Salas Civiles Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación Nro. 4664-2010/Puno, Publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 13-05-2011, págs.. 30171-30190), ha establecido lo siguiente: "... En los procesos de familia, como en los alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultad tuitiva y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivado de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Perú que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la formula política del Estado democrático y social del Derecho..."

Entonces; "Tiene competencia para conocer del proceso de divorcio por causal específica, el Juez de Familia del lugar del domicilio del demandado o del lugar del último domicilio conyugal, a elección del demandante. Ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 –inciso 2) – del Código Procesal Civil y 53 –apartado: En materia civil, literal a) – de la Ley Orgánica del Poder Judicial".²²⁰

²²⁰ Hinostroza Minguez, Alberto (2017), "Procesos judiciales derivados del Derecho de familia", segunda edición, Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L. Lima – Perú, pág. 417

2.2.17.2.LEGITIMACIÓN DEL DIVORCIO

Para Barros Errázuriz: "... La acción (de divorcio) corresponde únicamente al cónyuge inocente contra el culpable, pues aquel es el agraviado. El cónyuge culpable, pues aquel el agraviado. El cónyuge culpable no puede prevalerse de su culpa para demandar el divorcio, esto sería inmoral. Si ambos cónyuges tienen mutuas causales, toca la acción a los dos, pues con respecto a los motivos que cada uno alega, ninguno puede estimarse inocente".²²¹

Ripert y Boulanger señalan también que:²²²

"...La facultad de demandar el divorcio es esencialmente personal de los esposos; ninguna otra persona fuera de ellos puede actuar. Es así que están excluidos:

- 1. Los acreedores de los esposos. La demanda no es una acción relativa a los bienes que forme parte del patrimonio.*
- 2. Los herederos de los esposos. Cuando uno de los esposos ha fallecido, ya no hay lugar a divorcio, puesto que el matrimonio esta disuelto y el divorcio tenían como fin su disolución. Los herederos no podrán siquiera continuar la acción, cuando el fallecimiento del esposo se produce en el curso de la instancia. La acción se extingue en forma absoluta".*

Por su parte Bossert y Zannoni, refieren que:

"... Resulta obvio que las partes, por antonomasia, son los cónyuges. Ambos tienen capacidad para estar en el juicio, y, respecto al cónyuge menor de edad, (...) al (habilitarse) en los emancipados para todos los actos de la vida civil, (...) (se) se les confiere plena capacidad para estar en todo tipo de juicios, entre ellos, el de divorcio.

Las partes, es decir los cónyuges, pueden comparecer a juicio personalmente o por apoderado. No se requiere poder especial, sino que bastará el mandato general para asuntos judiciales..."²²³

²²¹ Citado por: Jara, Rebeca S. y Gallegos, Yolanda. (2012), "Manual de Derecho de Familia", Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú, pág. 248

²²² Ídem.

²²³ Citado por: Hinostroza Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 256

Según lo que comentan los juristas, refiere que la acción de divorcio, es una acción personalísima, pero no obstante que en el juicio puede ser promovido por un curador o representante, solo con la autoridad del Juez que ve el caso, que de acuerdo a la gravedad de las circunstancias que amerite, para este caso el incapaz, se debe tener en cuenta la defensa de sus intereses materiales y espirituales.

Para Albaladejo, sobre la acción de divorcio por causal, formula las siguientes observaciones:

"... En los casos (...) en que puede pedirse el divorcio, en unos (...) especifica que ley que puede ser solicitado por ambos cónyuges, en otros no se dice expresamente ni se desprende necesariamente del supuesto que sea, que corresponda a los dos la acción para instarlo. Esto presupuesto, (...) cuando sea seguro que la acción de divorcio se otorga a los dos esposos. Debe optarse por estimar que únicamente está legitimado para interponerla el cónyuge no culpable del desencadenamiento de la situación que es causa de divorcio.

(...) debe entenderse, al menos, ese mínimo efecto de culpabilidad en el tema de divorcio.

Obsérvese que no se trata de defender un divorcio culpable (...), sino de mantener que el divorcio, que se dicta sin entraren de quien ha sido la culpa del mismo, no pueda promoverlo, cuando la ley no deja que si pueda hacerlo el cónyuge (si es que está claramente determinado y es uno solo de los dos) que con su conducta ha creado la situación constitutiva de la causa de divorcio.

En resumen, que una cosa es que en el divorcio decretado no se busque un culpable, o mejor dicho, se cierran los ojos para no ver quien lo es, y otra que es culpable no se le autorice para pedirlo".²²⁴

A lo que nos deja Albaladejo, sobre la acción de divorcio, o más bien dicho de quién tiene la facultad para demandar el divorcio por causal (cónyuge inocente sobre el cónyuge culpable), refiere que si bien la doctrina impulsa a que debe existir un cónyuge culpable de la ruptura matrimonial, o también que se deba a un relajo marital, ya sea provocado o no, pues, secunde siempre el deber de la fidelidad prometida entre ambos al momento de contraer nupcias; entonces se

²²⁴ *Ibidem*, pág. 258

entiende al haber tal situación en una causal enumerada por la ley, por lo tanto existe un cónyuge culpable; pero que pasa si hay en los dos culpabilidad, según el autor, debe estimarse o preferirse por quien esta únicamente legitimado para interponer la acción de divorcio; es por tanto que nuestro Código Civil en su artículo 335, que a la letra, está escrito: "*Que ninguno de los cónyuges puede fundarse la demanda en hecho propio*", entonces, así se protege de quien causó el divorcio por su conducta impropia, no sea quien inicie la demanda de divorcio.

Azula Camacho pone de relieve que:

"La ley solo legitima para demandar el divorcio al cónyuge que no ha dado lugar a los hechos que estructuran la causal que se invoca como fundamento del mismo (...).

Lo anterior significa que cuando los dos cónyuges son responsables de la misma causal, pero por hechos independientes, cada uno puede demandar con base en la conducta del otro. *Contrario sensu*, si el hecho que configura la causal por parte de un cónyuge, es consecuencia o resultado de la conducta del otro, a este se le cierra la posibilidad de reclamar el divorcio. Es ejemplo de esta modalidad cuando uno de los cónyuges abandona el hogar porque el otro no le permite ingresar a la residencia común.

La razón de lo dicho estriba en que en el primer lugar caso no existe compensación de culpas entre los cónyuges, mientras que en el segundo el cónyuge que con su conducta propicia la culpa del otro, es entonces también responsable de ella..."²²⁵

Según Hinojosa Minguéz, "En lo concerniente a la legitimidad activa para incoar la acción de divorcio por causal específica, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, debe tenerse presente:

- Que la acción de divorcio corresponde a los cónyuges, pero si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica, pudiendo ejercerla, representando al incapaz, el curador especial a falta de ascendientes (art. 334 del C.C. aplicable en caso de divorcio por disposición del art. 335 del C.C.).

²²⁵ *Ibidem*, pág. 259

- Que ninguno de los cónyuges pueda fundar la demanda de divorcio en hecho propio, salvo que se trate de la causal de separación de hecho de los cónyuges por un periodo ininterrumpido de dos años, periodo que se hace extensivo a cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad (art. 333 –inc. 12)–, 335 y 355 del C.C).
- Que no pueda intentarse el divorcio por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó, y que la cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción (art. 336 del C.C., aplicable en caso de divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).
- Que no pueda invocar la causal de divorcio a que se refiere el inciso 10) del artículo 333 del Código Civil (cuál es la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor a dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio), quien conoció el delito antes de casarse (art. 338 del C.C., aplicable en caso de divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).
- Que para invocar la causal de divorcio de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si los cónyuges tuvieran hijos menores de edad, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo (art. 333 –inc. 12)–, 345–A, primer párrafo y 349 del C.C)²²⁶.

2.2.17.3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Velásquez Gómez refiere que: "... el respectivo agente del ministerio público será oído siempre en interés de los hijos menores del matrimonio cuyo divorcio se pretende. Para tal fin deberá citársele en el auto admisorio de la demanda".²²⁷

En el mismo sentido se pronuncia Azula Camacho al expresar que "... debe intervenir (en el proceso de divorcio) como parte principal y forzosa el agente

²²⁶ Hinostraza Mínguez, Alberto (2017), op. cit., págs. 419-420

²²⁷ Citado por: Hinostraza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 260

del ministerio público en interés de los hijos (...). (...) Cuando estos no existen o son mayores de edad no se requiere (...) la presencia de dicho funcionario".²²⁸

En lo que mencionan ambos autores, que a la letra refieren que el ministerio público, quien representa al estado, y por lo tanto defiende a la familia; este interviene como parte en el proceso (y de ser el caso, el Juez, solicita su atención mediante el auto admisorio que concede la demanda), debe dar opinión acerca de los menores hijos, que tuviesen los que están tramitando el proceso de divorcio, pues, es de primordial importancia el bienestar de estos (principio del interés superior del niño); en tanto que no existan menores hijos o estos fueran mayores de edad, el ministerio público no debe intervenir en dicho proceso de divorcio.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en principio, vale señalar que, según se infiere del texto del artículo 113 del Código Procesal Civil, el Ministerio Público está autorizado para intervenir en un proceso civil:

- 1º. Como parte.
- 2º. Como tercero con interés, cuando la ley dispone que se lo cite.
- 3º. Como dictaminador.

Entonces cabe entender, en el proceso de divorcio por causal específica (art. 333 C.C.), y tal como lo ordena el artículo 481 del Código Procesal Civil, es parte el representante del Ministerio Público (debiendo constituirse e intervenir en esa calidad en el mencionado proceso), por lo que no emite dictamen alguno.

2.2.17.4. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS EN LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSAL

Bossert y Zannoni aclaran que "... Para que quede tipificada la causal (de divorcio) que se invoca, deben ser descritos con suficiente precisión los hechos ocurridos. Por ejemplo, la época y circunstancias que rodearon el abandono del otro cónyuge. Sin embargo, cuando las causales no se vinculan a un solo hecho, el abandono, la tentativa de homicidio— sino al desarrollo de una conducta, tal como por lo general sucede cuando se imputan injurias, no será

²²⁸ Ídem.

indispensable señalar en la demanda con precisión cada una de las ofensas recibidas, sino que bastara con detallar los hechos más significativos, en tanto resulten representativos de la conducta injuriosa que se imputa, lo cual permitirá acreditar otros hechos particulares no mencionados expresamente en la demanda, pero que son de similar naturaleza a los enunciados. Por ejemplo, la esposa que imputa al marido frecuentes insultos y actitudes ofensivas, y describe en la demanda algunas circunstancias en que recibió tales ofensas; no obstante, si los testigos agregan detalles no especificados en la demanda, que tornan especialmente ofensivo el hecho del demandado, o relatan otras ofensas que presenciaron, esos dichos se tendrán en cuenta en la sentencia."²²⁹

Lo que refiere acerca del detalle de los hechos en la demanda a presentar, se coincide que los hechos narrados deben de ser precisos y concretos, como la época, lugar y demás circunstancias que ocurrieron para que se configure la causal de divorcio; así se tiene que para que el efecto de la demanda sea concreta, los hechos se presenten de manera enumerada, atendiendo a la fecha y circunstancias que lo rodean, por ejemplo; es mucha más grave si se lanzan agresiones verbales (causal de injuria grave) al cónyuge, que si se lanzan las mismas frente a los menores hijos, cuestión que el juez tendrá que valorar luego en su sentencia que da por disuelto el vínculo matrimonial. Así también se tendrá, como se menciona en el párrafo anterior, que al momento de detallar los hechos en la demanda, escaparan hechos ocurridos; y cuando el juez apreciara la versión de los testigos, estos mismos detallaran hechos que no se detallaron en la demanda, cuestión que luego el juez también tomará en su sentencia.

2.2.17.5. ANEXOS DE LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSAL

Nerio Gonzales, describe que: "Sabemos que las normas procesales son de orden público y por ende de cumplimiento inexorable, siendo así, los anexos que deben adjuntarse a la demanda son de obligación del actor, bajo sanción de declararse inadmisibles la demanda (inc. 2, art. 426); a su turno también será para el demandado (art. 442 del C.P.C.). De acuerdo a la doctrina y la ley una

²²⁹ *Ibidem*, pág. 261

demanda resulta inadmisibile cuando ella no satisface las exigencias del orden formal que condicionan su admisión a trámite".²³⁰

A decir de Velásquez Gómez, "... la demanda (de divorcio) deberá contener los requisitos generales. Como anexos deberán de acompañar las copias de las actas o certificados del registro de le estado civil que prueban la existencia del matrimonio civil, así como la de los hijos menores comunes o de los hijos con derecho a alimento o a guarda. Con esas pruebas se acredita la legitimación de las partes, que sean las que figuren como cónyuges en tales documentos. Y respecto de la atinente a los hijos se deducirá si debe citarse o no al agente del ministerio público para la defensa de sus intereses."²³¹

Azula Camacho señala al respecto lo siguiente: "A la demanda (de divorcio) es indispensable adjuntar la partida de matrimonio y de los hijos que sean menores de edad. No consideramos que sea necesario las de los hijos mayores de edad, por cuanto en relación con ellos la patria potestad, por esas circunstancia, ya ha cesado, y tampoco tienen incidencia alguna en la procedencia de las causales ni en los efectos o consecuencias del divorcio".²³²

Sobre el particular, debe tenerse presente lo normado en el artículo 425 del Código Procesal Civil, numeral referido a los anexos de la demanda en general y conforme al cual a la demanda debe acompañarse:

1. Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante.
2. El documento que contiene el poder para iniciar el proceso cuando se actué por apoderado.
3. Los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no puedan comparecer por sí mismas.
4. Los medios probatorios de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actué el demandante, salvo que tal calidad sea materia de un conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso.

²³⁰ Gonzales Linares, Nerio (2014), "Lecciones de Derecho Procesal Civil: El proceso civil peruano", Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú, pág. 564

²³¹ Citado por: Hinojosa Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 262

²³² Ídem.

5. Los documentos probatorios. Si el demandante no dispusiera de algún medio probatorio, describe su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitado las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.
6. Copia certificada del acta de conciliación extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho proceso previo.

Acerca de la demanda, hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 480 – parte pertinente– del Código Procesal Civil, según el cual: A. cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos; B. el Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria (de conciliación), en la cual oirá a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo; y C. el Juez evaluará las coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad; asimismo, tomara en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto de dichas pretensiones.

2.2.17.6. ALEGACIÓN DE HECHOS NUEVOS EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Belluscio nos informa que:

"... Se ha discutido la posibilidad de invocar en el juicio de divorcio hechos nuevos, esto es, los ocurridos después de promovida la demanda o la reconvenición y que pueden constituir causales de divorcio (...). Se admite la alegación de hechos nuevos, aun cuando configuren causales distintas de las invocadas al promover la acción, sobre la base de considerar que los deberes matrimoniales subsisten en su integridad hasta que se dicte la sentencia de divorcio, de manera que sus violaciones durante la sustentación del proceso también deben ser tenidas en cuenta al sentenciar (...).

También se admite que se decrete el divorcio por una causal distinta de la invocada en la demanda si lo es por el hecho expuesto en ella, ya que el juzgador es quien debe calificar los hechos articulados, y en virtud del principio

iuria curia novit está habilitado para encuádralos en una causal diferente si la parte los calificó de manera equivocada".²³³

En todo caso lo que versa acerca de la invocación de nuevos hechos en la demanda de divorcio por causal, es que muy bien se puede demandar por la causal de violencia psicológica, y en el camino, esta, se convierta en causal de violencia física y más aún en una causal grave como lo es el atentado contra la vida del cónyuge, en todo caso es el juez competente quien deberá evaluar los hechos ocurridos, direccionando el proceso y adecuándolo, de acuerdo a los hechos ocurridos y peticionados por el demandante.

2.2.17.7.RECONVENCIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

La reconvencción del cónyuge demandado, según Arias, "... está consagrada por los principios procesales. Ella –la contrademanda– es indispensable para que el divorcio pueda –eventualmente– ser decretado por culpa del actor".²³⁴

Para Velásquez Gómez, "... en el proceso de divorcio es procedente la formulación de demanda de reconvencción, pero limitada a la pretensión principal de divorcio y a la subsidiaria de separación de cuerpos".²³⁵

Según Azula Camacho, "... el demandado puede reconvenir, sea para proponer el divorcio o la separación de cuerpos o ambos, el primero como principal y la segunda como subsidiaria, desde luego que la causal que invoque como fundamento está supeditada a que los hechos que la estructuran sean imputables al demandante..."²³⁶

En palabras de Carbonier:

"... También puede (el demandado) pedir el divorcio por vía de reconvencción. (...) La resolución del Tribunal ha de decidir sobre ambas demandas, la principal y la reconvenccional. ¿Qué actitud ha de asumir en tales casos? Si estima que no existe motivo de disolución por ninguna de ambas partes, se limitara a desestimar las dos demandas y el vínculo

²³³ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit.,, pág. 263

²³⁴ Ídem.

²³⁵ Ídem.

²³⁶ Ibídem, págs. 263-264

matrimonial subsidiario intacto. Puede acoger la demanda principal y repeler la acción reconvenzional o viceversa, con los mismos efectos disolventes respecto del matrimonio, aunque con diversa atribución, según los casos, de las resultas de culpabilidad o inocencia. Puede, finalmente, estimar la demanda principal y la reconvenzional con la consiguiente declaración de culpabilidad de los divorciados. De todo lo dicho puede inferirse el alcance de las demandas reconvenzionales que pueden rectificar tanto la calificación de culpable como la calidad de inocente asignables a los cónyuges a consecuencia del divorcio declarado en la sentencia".²³⁷

En caso de que haya reconvección en la demanda presentada, es decir viable la primera (demanda) y la segunda (contrademnada) (y admitidas ambas), se produce la extinción del vínculo matrimonial, y por lo tanto se declara el divorcio por coculpabilidad de los cónyuges, dejando en claro que primero se resolvió la separación corpórea entre los consortes demandantes

Belluscio enseña que:

"... El demandado por divorcio puede reconvenir también por divorcio, o bien entablar por esa vía cualquiera de las acciones acumuladas con aquella (nulidad de matrimonio, separación de bienes, tenencia de hijos) (...).

Se ha admitido que si la acción de divorcio se entabla por vía de reconvección a otra con la cual es acumulable (como la nulidad del matrimonio), el actor puede a su vez reconvenir por divorcio.

Si el demandado no reconviene, no puede decretarse el divorcio por culpa del cónyuge actor –aun cuando su culpa resulte de la prueba–, pues ello implicaría juzgar fuera de lo peticionado, admitiendo una acción no deducida (...).

La falta de reconvección impide accionar en lo sucesivo por causales existentes en esa oportunidad, pero se ha admitido la promoción de una segunda demanda y su acumulación con la primera si la producción de las causales imputables al actor o su conocimiento por el demandado son posteriores a la oportunidad legal para reconvenir".²³⁸

²³⁷ *Ibidem*, págs. 264-265

²³⁸ *Ídem*.

En lo concerniente al objeto de nuestro estudio, Bossert y Zannoni hacen estas apreciaciones iniciales:

"... Suele ocurrir que planteada demanda por uno de los cónyuges, en la que se imputan determinadas causales al otro, este controvierta los hechos de la demanda y, a la vez, reconvenga por causales que atribuye al actor. Así, p. ej., el marido demanda la separación contra su esposa imputándole injurias graves y esta, al par que niega haber injuriado a su esposo, lo acusa de adulterio. Puede suceder que, al producirse la prueba, ambas partes acrediten, respectivamente, las injurias graves y el adulterio.

En tales circunstancias juega el principio de la imcompensabilidad de las causales de divorcio. Y es claro, las injurias de un cónyuge no justifican el adulterio del otro, y viceversa, por cuanto ambos vulneran postulados en los que se asienta la convivencia matrimonial. En otras palabras, la antijuricidad de la conducta de la mujer que incurrió en injurias graves hacia su marido, no constituye causa de justificación que excluya la antijuricidad del adulterio que este cometió.

En tal caso corresponde hacer lugar a la demanda y a la reconvenición y el juez atribuirá la culpabilidad a ambos esposos.

Esto significa que, ante el proceder de uno de los esposos, la conducta del otro no pueda ser objeto de justificación, si, de acuerdo con las circunstancias del caso, se juzga que su obrar no le es imputable. Tal ha ocurrido en los supuestos en que uno de los cónyuges se retira del hogar ante los malos tratamientos del otro, o su adulterio, o las ofensas recibidas. En algunos casos, expresiones que en general podrían ser calificadas de injuriosas, pueden ser valoradas en función de la conducta del otro cónyuge. Así, p. ej., se ha dicho (...) que sería injusto y contrario a todo sentido de equidad decretar el divorcio por injurias graves recíprocas en base a un proceder aislado del marido –expresiones sumamente duras– que se explica por la onda ofensa recibida por el adulterio de su mujer".²³⁹

²³⁹ Citado por: Hinojosa Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 267

2.2.17.8. IMPULSO DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Según Alberto Hinostroza Mínguez, refiere que: "De conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia, estando exceptuado el referido impulso de oficio en los casos expresamente señalados en el citado cuerpo de leyes.

Ahora bien, entre las excepciones que prevé el Código Procesal Civil, por las que se exime al Juez de su obligación de impulsar el proceso de oficio, tenemos la correspondiente al proceso de divorcio por causal específica, el que, por mandato del artículo 480 –segundo párrafo– del citado Código, solo se impulsa a pedido de parte".²⁴⁰

2.2.17.9. VARIACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE DIVORCIO A LA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS

Hinostroza Mínguez, respecto a la variación de la pretensión de divorcio por la separación de cuerpos, menciona lo siguiente: "según se colige de los artículos 357 del Código Civil y 482 del Código Procesal Civil, en cualquier estado del proceso de divorcio por causal, y siempre que no haya emitido aun la sentencia de primera instancia, tanto el demandante como el reconveniente están facultados para variar su pretensión de divorcio a una se separación de cuerpos. Lo señalado constituye una excepción a la regla general contemplada en el artículo 428 del Código Procesal Civil, por lo cual solo se pueden modificar la demanda y la reconvenición hasta antes de que sean notificadas.

En lo concerniente a la variación de la pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo normado en el artículo 358 del Código Civil, aunque la demanda o la reconvenición tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien, lo indicado en dicho precepto legal representa una salvedad al principio de congruencia procesal que impide al magistrado, entre otras cosas, resolver en forma extrapetita, lo cual sucede cuando el pronunciamiento trata sobre algo ajeno a las pretensiones invocadas (como es la de divorcio, en el caso particular) es sustituida por otra (como es la

²⁴⁰ Hinostroza Mínguez, Alberto (2017), op. cit., pág. 424

separación de cuerpos, circunscribiéndonos al caso particular) que no ha sido planeada en el proceso por los litigantes.

Las disposiciones contenidas en los artículos 357 y 358 del Código Civil y 482 del Código Procesal Civil (vistos líneas arriba) se fundan en la importancia que reviste la institución matrimonial para la sociedad en su conjunto y en la necesidad imperiosa de tratar de preservar el vínculo matrimonial a como dé lugar para evitar los efectos nocivos de su ruptura definitiva. Las mencionadas normas legales tienen por objeto, pues, favorecer la reconciliación entre los cónyuges".²⁴¹

2.2.17.10. LA ACUMULACIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

A. ACUMULACIÓN ORIGINARIA DE PRETENSIONES ACCESORIAS EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Según Hinostroza Mínguez,²⁴² La acumulación objetiva se produce cuando en un proceso hay más de una pretensión (debiendo existir conexidad entre las pretensiones acumuladas, vale decir, elementos comunes o afines entre ellas: art. 84 del C.P.C.) siendo dicha clase de acumulación, además, originaria si es propuesta en la demanda (art. 83 del CP.C.).

Con arreglo a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Civil, salvo las excepciones de ley, son requisitos de la acumulación objetiva los siguientes:

1. Que las pretensiones materia de acumulación sean de competencia del mismo Juez.
2. Que las pretensiones materia de acumulación no sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinaria o alternativa.

²⁴¹ *Ibidem*, págs. 424-425

²⁴² Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), *op. cit.*, págs. 269-271

3. Que las pretensiones materia de acumulación sean tramitables en una misma vía procedimental.

En el citado artículo 85 del Código Procesal Civil se precisa que también son supuestos de acumulación los siguientes: a) cuando las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental, en cuyo caso, las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas; y b) cuando las pretensiones sean de competencia de Jueces distintos, en cuyo caso la competencia para conocer las pretensiones acumuladas corresponderá al órgano jurisdiccional de mayor grado.

Debe tenerse presente que: en aplicación del artículo 87 del Código Procesal Civil:

- La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria.
- Es subordinada la acumulación objetiva originaria cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada.
- Es alternativa la acumulación objetiva originaria cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir, sin embargo, el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.
- Es accesoria la acumulación objetiva originaria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse funda la principal, se amparan también las demás. Advertimos que si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse estas hasta antes del saneamiento procesal, y que cuando la accesoriedad está expresamente prevista por ley, se consideran tácitamente integradas (las pretensiones accesorias) a la demanda.

En el proceso de divorcio por causal específica el actor debe promover en la demanda la acumulación de las siguientes pretensiones que, en relación con la principal de divorcio, tienen la calidad de accesorias (ello conforme al art. 483 –primer párrafo– del C.P.C.): A. alimentos; B. tenencia y cuidado de los hijos; C. suspensión y privación de la patria

potestad; D. distribución de los bienes gananciales (porque en razón del divorcio fenecerá el régimen de sociedad de gananciales); E. las demás pretensiones concernientes a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal de divorcio.

En el proceso de divorcio por causal específica, la acumulación originaria de las pretensiones accesorias indicadas en párrafo anterior procederá siempre y cuando no exista decisión judicial firme en los eventuales procesos en que se ventilen en forma autónoma dichas pretensiones. Si respecto de las pretensiones accesorias debatidas en forma autónoma en otros procesos hubiera recaído una decisión judicial que quedo consentida, será posible su acumulación originaria (vale decir, en la demanda respectiva) a la pretensión principal de divorcio por causal específica, siempre que se proponga la variación de las indicadas pretensiones accesorias. Ello se infiere del primer y último párrafo del artículo 483 del Código Procesal Civil.

Conforme se desprende del segundo párrafo del artículo 483 del Código Procesal Civil, en el proceso de divorcio por causal específica, anteriormente, no exigirá los requisitos previstos para la acumulación objetiva en general en los incisos 1) y 3) del artículo 85 del citado cuerpo de leyes, cuales son, respectivamente, las siguientes: A. que las pretensiones materia de acumulación sean de competencia del mismo Juez; y B. que las pretensiones materia de acumulación sean tramitables en una misma vía procedimental.

Al respecto, debe tenerse en cuenta en el artículo 480 –parte pertinente– del Código Procesal Civil, según el cual: A. cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos; B. el Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria (de conciliación), en la cual oír a los niños, niñas y adolescente sobre los cuales versa el acuerdo; y C. el Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad; asimismo, tomara

en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto a dichas pretensiones.

B. ACUMULACIÓN SUCESIVA DE PRETENSIONES ACCESORIAS EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

En la misma línea de comentarios de Hinostroza Mínguez:²⁴³ La acumulación objetiva se configura cuando en un proceso hay más de una pretensión (conexas todas, por existir elementos comunes o afines entre las pretensiones acumuladas: art. 84 del C.C.) y será, además, sucesiva, si es propuesta después de iniciado el proceso (art. 83 del C.P.C.).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del Código Procesal Civil, la acumulación objetiva sucesiva se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones.
2. Cuando el demandante reconviene.
3. Cuando de oficio o a petición de parte, se reúne dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos.
4. Cuando el demandado formula el aseguramiento de la pretensión futura.

En lo que toca a los requisitos y trámite de la acumulación sucesiva de procesos, el artículo 90 del Código Procesal Civil establece: A. que la acumulación sucesiva de procesos debe pedirse antes que uno de ellos sea sentenciado; B. que el pedido (de acumulación sucesiva de procesos) impide la expedición de sentencia hasta que se resuelva en definitiva la acumulación; C. que la acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los Jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera; D. que si el pedido (de acumulación sucesiva de procesos) es fundado, se acumularan (los procesos) ante el primer que realice el primer emplazamiento; E. que la solicitud de

²⁴³ Hinostroza Mínguez, Alberto (2017), op. cit., págs. 428-430

acumulación (sucesiva de procesos) se confiere trasladado por tres días; F. que con la contestación (del traslado de la solicitud de acumulación sucesiva de procesos) o sin ella, el Juez resolverá atendiendo al mérito de los medios probatorios acompañados al pedido (de acumulación sucesiva de procesos), siendo la decisión apelable sin efecto suspensivo; y G. que esta acumulación (sucesiva de procesos) será declarada de oficio cuando los procesos se tramitan ante un mismo Juzgado.

Puntualizamos que, según el artículo 91 del Código Procesal Civil, cuando el Juez considere que la acumulación afecte el Principio de Economía Procesal, por razón de tiempo, gasto o esfuerzo humano, puede separar los procesos, los que deberán seguirse independientemente, ante Jueces originales.

Si existieran procesos pertinentes de sentencia en que se estén ventilando en forma autónoma las pretensiones citadas en el artículo 483 del Código Procesal Civil (cuales son las siguientes: A. alimentos; B. tenencia y cuidado de los hijos; C. suspensión y privación de la patria potestad; D. distribución y separación de los bienes gananciales; y E. las demás pretensiones concernientes a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal de divorcio por causal), que en relación con la pretensión de divorcio por causal específica son consideradas pretensiones accesorias, es viable la acumulación de tales procesos pendientes de sentencia con el proceso de divorcio por causal (art. 484 – primer párrafo– del C.P.CV.).

La acumulación de procesos a que hace mención líneas arriba procede a pedido del actor o del demandado en el proceso de divorcio por causal específica (o sea, a solicitud de cualquiera de los cónyuges), debiendo el peticionante acreditar (documentalmente) la existencia del expediente correspondiente al proceso que se quiere acumular al divorcio por causal específica. Una vez presentada la solicitud de acumulación de procesos con la prueba pertinente sobre la existencia del indicado expediente, el Juez que conoce del proceso de divorcio por causal específica cursara el respectivo oficio al Juez que conoce del proceso en que se debata la pretensión o pretensiones accesorias citadas en el artículo 483 del

Código Procesal Civil (mencionadas en el párrafo precedente), a efecto de que este último Juez le remita dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad, el expediente del proceso que dirige (art. 484 –último párrafo– del C.P.C.).

La resolución que emita el Juez que conoce del proceso de divorcio por causal específica, acerca de la solicitud de acumulación sucesiva de procesos que estamos examinando en este punto, no puede ser recurrida por ninguna de las partes, en atención a la calidad de inimputable que le otorga el último párrafo del artículo 484 del Código Procesal Civil.

2.2.17.11. MEDIDAS CAUTELARES PROCEDENTES EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Generalidades

Carbonnier refiere que:

«Pese a la subsistencia del nexo matrimonial, hay, durante el juicio de divorcio, una especie de ruptura a medias y una anticipación de dicho estado. El designio de las medidas provisionales se encamina a la organización de un *'modus vivendi'* entre los cónyuges.

(...) Las resoluciones adoptadas pueden modificarse o completarse...».²⁴⁴

En todo caso debe entenderse a las medidas cautelares de distintas naturalezas, una acerca de la situación de los cónyuges (pueda ser la separación provisional o la suspensión del deber de cohabitación que los cónyuges se deben), otras refieren a la situación de los menores hijos (aquí se puede referir a los alimentos y la tenencia y custodia), otras en tanto al carácter patrimonial económico que versan sobre los bienes (aquí tiene que ver con la administración directa de los bienes en común, hasta la obligación de su mantenimiento y conservación).

Ripert y Boulanger señalan al respecto que «mientras dura la instancia, e produce una semirruptura entre los esposos, un relajamiento del vínculo que los une. Se deberán tomar por lo tanto, a la brevedad medidas provisionales

²⁴⁴ Citado por: Hinojosa Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 273

concernientes a: 1º la separación de residencia; 2 a los alimentos de los esposos; 3 la conservación de los bienes; 4 la guarda de los hijos y el derecho de visita». ²⁴⁵

A decir de Bonnecase, «... era necesario tomar medidas especiales durante el juicio de divorcio, para asegurar la vida de la familia. Estas medidas (...) tienen carácter provisional. Consisten: 1. En asignar una residencia especial a la mujer y, algunas veces, al marido (...); 2. Pueden referirse también a la guarda de los hijos, e interés de éstos, puede confiarse su guarda provisional a la madre si, por ejemplo, son muy pequeños. 3. En lo que se refiere a los intereses pecuniarios, puede atribuirse una pensión por alimentos a los esposos que carezcan de recursos, y por último, pueden sellarse y ordenarse el depósito de las sumas de dinero». ²⁴⁶

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez anotan sobre el particular lo siguiente:

«... Se consideran efectos provisionales aquellas medidas que decreta el juez mientras dura el juicio de divorcio, y pueden agruparse según afecten a: los cónyuges, sus hijos, o sus bienes.

- a) Respecto a los cónyuges, el juez deberá decretar su separación, señalar y asegurar los alimentos que deberá dar el deudor alimentista, tanto al cónyuge como a los hijos.
- b) Respecto a los hijos: si se pusieren de acuerdo, su cuidado estará a cargo de la persona que los cónyuges determinen; de no ser así, el que solicite el divorcio propondrá y, previa audiencia del demandado, el juez resolverá sobre la custodia de los menores. Si no hubiere causa grave, los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre.
- c) Respecto a los bienes: el juez dictará las medidas conducentes para que ninguno de los cónyuges cause perjuicio en los bienes del otro o en los de la sociedad conyugal, evitando que los oculten o que dispongan ilegalmente de ellos». ²⁴⁷

²⁴⁵ Ídem.

²⁴⁶ Ídem.

²⁴⁷ *Ibidem*, pág. 274

Valencia Zea, acerca de las medidas cautelares en el proceso de divorcio, opina de esta manera:

«... En cualquier momento, a partir de la presentación de la demanda, podrá el juez tomar medidas, relativas unas a la seguridad y protección de los cónyuges y de los hijos, y otras atinentes a la conservación de los bienes de la sociedad conyugal.

1. En cuanto a las primeras, deben mencionarse las siguientes:
 - a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges (...).
 - b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de uno y otro, o de un tercero (...).
 - c) Señalar la suma de dinero con que cada cónyuge debe contribuir para la habitación y el sostenimiento del otro, de los hijos comunes, y para la educación de estos (...).
- (...)
2. En cuanto a la segunda clase de medidas cautelares, el juez podrá ordenar el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieren en cabeza del otro cónyuge (...).

También podrá pedirse el embargo y secuestro de bienes que no pertenezcan a la sociedad conyugal, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho...».²⁴⁸

A criterio de Velásquez Gómez:

«... En el auto admisorio de la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y así se pidiere (pero debiéndose formular demanda de divorcio en todo caso, si fuere antes), el juez competente para conocer el respectivo proceso de divorcio podrá decretar las siguientes medidas:

- a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges (...). (...)
- b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de un tercero, según lo crea más conveniente para su protección.

²⁴⁸ Ibidem, págs. 275-276

- c) Señalar la cantidad con que cada cónyuge debe contribuir, según sus facultades, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y para la educación de estos (...).
- d) Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto, si el marido lo solicita (...).
- e) Decretar, a petición de parte, las medidas cautelares autorizadas (...) sobre los bienes sociales, y también sobre bienes propios con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho si fuere el caso...». ²⁴⁹

Albaladejo afirma por su lado que las medidas (provisorias) a adoptar por el Juez con audiencia de los cónyuges serán:

1º. «Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas (...) y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

2º. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge (...).

3º. Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las '*litis expensas*', establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar

²⁴⁹ Ídem.

la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

(...)

4º. Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

5º. Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio».²⁵⁰

De acuerdo a lo normado en el artículo 485 del Código Procesal Civil, en el proceso de divorcio por causal específica son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre:

- Separación provisional de los cónyuges.
- Alimentos.
- Tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales.
- Administración y conservación de los bienes comunes (que conforman la sociedad de gananciales).

Hinostroza Minguez analiza que: "El referido artículo 485 del Código Procesal Civil trata, pues, acerca de la procedencia, en el proceso de divorcio por causal específica, de las llamadas medidas (cautelares) temporales sobre el fondo, que el citado cuerpo de leyes contempla de manera especial en el Subcapítulo 2º («Medidas temporales sobre el fondo») del Título IV («Proceso cautelar») de su Sección Quinta («Procesos contenciosos»), por lo que debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 674, 677 y 680 del Código Procesal Civil, que establecen lo siguiente:

²⁵⁰ *Ibidem*, págs. 276-277

- Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida (medida temporal sobre el fondo) puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y no afecten el interés público (art. 674 del C.P.C.).

- Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella. Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubina, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 53 del Código Procesal Civil (art. 677 del C.P.C.). El artículo 53 del mencionado Código adjetivo regula las facultades coercitivas del Juez y prescribe que, en atención al fin promovido y buscado en el artículo 52 del Código Procesal Civil (cual es conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial), el Juez puede aplicar sucesiva, individual o conjuntamente las siguientes sanciones (sin perjuicio del cumplimiento del mandato judicial respectivo): A. multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, multa que es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija el Código Procesal Civil, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y B. detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

- En cualquier estado del proceso (de separación o divorcio) el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal (art. 680 del C.P.C.).

Es de resaltar que, conforme se desprende de la parte inicial del artículo 485 del Código Procesal Civil, las medidas cautelares (medidas temporales sobre el fondo) a que hace referencia dicha norma legal no pueden ser solicitadas antes del inicio del proceso principal de divorcio por causal específica, lo cual significa que no son procedentes en este caso las llamadas medidas cautelares fuera del proceso o anticipadas. Así es, es necesaria la presentación de la demanda correspondiente a efecto de que el interesado pueda solicitar la medida cautelar (medida temporal sobre el fondo) que considere pertinente, para cuyo trámite se formará 'el correspondiente cuaderno especial'.²⁵¹

A. SEPARACIÓN PROVISIONAL DE LOS CÓNYUGES O ATRIBUCIÓN PROVISIONAL DEL HOGAR COMÚN

Alterini enseña que:

«... 'Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal'.

El carácter del bien –propio o ganancial– no se considera determinante de preferencia para mantenerse en el hogar conyugal. Se trata de una cuestión circunstancial que aprecia la jurisprudencia, aunque –por lo general– se le concede primacía a la mujer o, si hay hijos, al cónyuge a quien se haya otorgado la tenencia provisoria de ellos».²⁵²

Carbonnier anota sobre el tema que «... la mujer puede ser judicialmente autorizada a residir fuera del domicilio conyugal eligiendo una residencia a su conveniencia; también es posible que se la autorice a continuar en el mismo, en cuyo caso el marido viene obligado a abandonarlo. El domicilio conyugal (...) subsiste hasta el momento de la sentencia, por lo que la separación de la residencia durante el juicio de divorcio, no tiene otro alcance que el de una dispensa temporal del deber de convivencia. Las obligaciones derivadas del matrimonio subsisten en toda su integridad...».²⁵³

²⁵¹ Hinostroza Mínguez, Alberto (2017), op. cit., págs. 432-434

²⁵² Citado por: Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 279

²⁵³ Ídem.

Suárez Franco sostiene que:

«... La separación de los cónyuges es una consecuencia inmediata y prácticamente ineludible, frente a la situación creada por la presentación de la demanda (de divorcio) por parte de uno de los cónyuges. Es presumible que en la mayoría de los casos el hecho de la iniciación del juicio cause un más grave traumatismo en las resquebrajadas relaciones matrimoniales de los cónyuges; por tal motivo, el juez no debe demorar esta primera medida, a nuestro juicio, de ineludible pronunciamiento.

Si la separación se hubiere producido de hecho por causa de las circunstancias que rodearon las graves desavenencias conyugales, ello no será motivo para que el juez se abstenga de pronunciarse sobre el particular». ²⁵⁴

Belluscio en cuanto a la atribución de la vivienda común como medida cautelar a ser dictada en el proceso de divorcio, expone lo siguiente:

«... El verdadero problema que se presenta y debe ser resuelto es la atribución de la vivienda común, sea porque los dos cónyuges continúen habitándola y las alternativas del juicio o el estado de las relaciones conyugales hagan necesaria la separación, o bien porque uno de ellos se haya retirado y pretenda su reingreso y la exclusión del otro (...).

(...)

La jurisprudencia ha establecido como criterio fundamental el de que debe otorgarse la tenencia de la vivienda al cónyuge a cuyo cargo quedan los hijos menores, en defensa de los intereses de éstos y para conferir protección al núcleo familiar subsistente. Se ha tenido en consideración también la circunstancia de estar instalada en el bien propio de uno de los esposos o en el ganancial adquirido con el producto de su trabajo personal, y aun la enfermedad o disminución física de uno de los cónyuges. A falta de otra pauta aplicable, se ha preferido a la mujer teniendo en cuenta la mayor facilidad que para el hombre existe de

²⁵⁴ Ídem.

solucionar el problema de la vivienda consiguiendo nuevo alojamiento». ²⁵⁵

Borda señala al respecto lo siguiente:

«... Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir que alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal (...).

(...) Es generalmente decisivo para preferir a uno de los cónyuges el hecho de que se le haya otorgado la tenencia de los hijos, puesto que el bienestar de ellos debe ocupar siempre el primer plano en la decisión de los problemas inherentes al divorcio.

Asimismo, se ha tenido en consideración la circunstancia de que el domicilio sea el lugar de trabajo de uno de los cónyuges, que sea bien propio de uno de ellos o que pertenezca a sus padres, aunque el marido lo haya alquilado.

A veces, se ha declarado también que resolver el problema de la vivienda es más fácil para el marido, por lo que debe preferirse a la esposa a falta de otra circunstancia que aconseje lo contrario.

Bien entendido, sin embargo, que si la amplitud y comodidades del domicilio conyugal permiten una razonable separación e independencia, debe evitarse mientras dura el juicio la exclusión de cualquiera de los cónyuges.

El hecho de que uno de los cónyuges haya dejado el hogar para promover el pleito no le impide reclamar el domicilio y debe ser preferido si se dan algunas de las circunstancias anteriormente señaladas. Pero si el lapso desde que dejó el domicilio hasta que inicia el divorcio es prolongado, parece prudente mantener al otro cónyuge en posesión de aquél, por lo menos hasta que la sentencia declare quién es el culpable». ²⁵⁶

Zannoni, en lo atinente a la atribución de la vivienda común como medida provisional en el juicio de divorcio, expresa que «... el juicio de divorcio presupone, en los hechos, la ruptura de la cohabitación de los esposos.

²⁵⁵ *Ibidem*, págs. 279-280

²⁵⁶ *Ídem*.

Es lógico, entonces, que –salvo que los cónyuges resolvieran la situación de otro modo– pueda plantearse judicialmente la atribución de la vivienda que constituyó el hogar conyugal a uno de ellos para 'resolver el imperativo de su residencia separada durante el juicio. Lo cual importa el retiro del otro, o en su caso, la exclusión compulsiva...». ²⁵⁷

Dicho autor hace estas otras precisiones:

«... (Se) tiene en cuenta la necesidad de proveer una solución adecuada al requerimiento de la separación provisional de los esposos durante el juicio de divorcio, para lo cual (se) atribuye al juez la facultad de resolver lo más conveniente sobre la base de la situación personal, familiar y patrimonial de los cónyuges, sea disponiendo el retiro del hogar de uno de ellos, o en su caso, el reintegro al hogar.

(...) El supuesto normativo, en realidad, implica que no se da el retiro voluntario de ninguno de los esposos y que es el juez quien debe, en definitiva, pronunciarse atribuyendo la permanencia en el hogar conyugal a uno u otro de los cónyuges.

(...)

(...) La síntesis de directivas tenidas en cuenta al respecto ha conducido a reputar:

- a) Que la finalidad de la norma se cumple del mismo modo manteniendo a la esposa en el que fuera el hogar común y ordenando, si procede, el retiro del marido.
- b) Que la determinación de cuál de los esposos, durante el juicio de divorcio, debe permanecer en el domicilio conyugal, es materia de hecho que debe resolverse con arreglo a las circunstancias del caso.

Además de los criterios generales, se ha tenido en cuenta también, como criterio preferencial para atribuir la residencia de uno de los cónyuges en el que fuera el hogar conyugal, el hecho de que el otro se retirara voluntariamente antes de la promoción de la demanda o, en su caso, que

²⁵⁷ *Ibidem*, págs. 280-281

hiciera abandono, o que uno de los esposos esté gravemente enfermo o imposibilitado, o que uno de ellos realiza en el hogar sus tareas habituales o tiene instalado un negocio que provee al sustento de la familia.

Creemos que en última instancia y a falta de circunstancias específicas que pudieren fundar un criterio preferencial para atribuir la vivienda a uno de los cónyuges, debe preferirse a aquel de ellos que por su situación económica, social, por su edad, o sus actividades, esté en mejor situación para procurarse una vivienda separada manteniéndose al otro, consiguientemente, en el hogar conyugal.

(...) La atribución de la vivienda a uno de los cónyuges constituye una medida precautoria. No dándose el retiro voluntario de cualquiera, el juez, a instancia del marido o de la mujer, deberá necesariamente disponer cuál de ellos deja el hogar (...).

(...)

En particular, será menester acreditar en forma sumaria, la necesidad de que el juez se pronuncie sobre la atribución de la vivienda y *el fumus boni iuris* (...).

(...)

(...) Rigen las normas sobre modificación de la medida ordenada por el juez (...), lo que puede implicar el reintegro del excluido del hogar, dándose las circunstancias de hecho que justifiquen ese reintegro».²⁵⁸

En opinión de López del Carril:

«La exclusión de uno de los esposos del hogar conyugal durante el juicio de divorcio, importa siempre una medida que presenta dos componentes distintos: 1) Uno accesorio subordinado a la continuidad del pleito de divorcio, ya que si ese pleito no se prosigue la medida pierde su razón de ser. 2) Otro siempre provisional, ya que pueden ser modificadas, completadas o suspendidas cuando las circunstancias cambien.

La separación provisional de los esposos concierne a la residencia y no a su domicilio. El domicilio conyugal subsiste hasta el pronunciamiento a

²⁵⁸ *Ibidem*, págs. 281-282

dictarse en el juicio de divorcio, de tal manera que las notificaciones que los terceros han de hacer a los esposos deben practicarse en el domicilio conyugal. Sólo entre los esposos rige esa residencia y las actuaciones procesales han de ser notificadas en esa residencia también. La separación de las residencias no es una medida obligatoria, sino una medida reservada a la voluntad de cada uno de los esposos; si uno de ellos no lo pide, no nace de oficio». ²⁵⁹

El mencionado jurista, continuando con lo relativo a la medida provisoria de separación de los cónyuges en el juicio de divorcio, formula estas observaciones:

«La facultad judicial para determinar cuál de los esposos debe retirarse del hogar conyugal debe ejercerse con prudencia y adecuada a las circunstancias que presente cada caso.

(...) Podemos establecer las soluciones dadas de acuerdo a los supuestos:

- a) Mayor núcleo familiar. Ello porque se trata de no dividir o separar al núcleo familiar, que es de la esencia de la permanencia de la familia, y en consecuencia la permanencia en el hogar conyugal corresponde a la esposa conjuntamente con los hijos.
- b) La existencia de grave tensión o violencia entre los esposos que dificultan la vida en común y pueden desencadenar hechos peligrosos.
- c) La ley no contiene favoritismo o preferencia con respecto a cualquier de los cónyuges, y en consecuencia solo resta decidir cuál de ellos ha de retirarse del hogar conyugal.
- d) Mayor facilidad para encontrar vivienda. Por lo general es el marido quien tiene mayores posibilidades para encontrar vivienda, máxime si tenemos en cuenta que la mujer hallaría mayores dificultades, por razones de moral y también económicas (...).

²⁵⁹ Ídem.

- e) Debe tenerse presente para la decisión la edad y el sexo, lo que hace que la esposa y madre permanezca en el hogar conyugal durante el trámite del juicio de divorcio.
- f) A favor de quien ostente la tenencia de los hijos menores.
- g) Ha de tener presente el interés de los esposos y de los hijos.
- h) Estado de salud de los cónyuges. El tener serio menoscabo en la salud física alguno de los esposos o encontrarse uno de ellos afectado de enfermedad grave.
- i) La presencia de un negocio, comercio o industria instalada en el domicilio conyugal. Si en el domicilio de los esposos se halla instalada cualquiera de esas actividades que explota uno de los esposos, debe decidirse a favor de quien explota aquella actividad, pues excluirlo del negocio puede importar privarlo o lesionarlo en el medio de vida que también afecta a la esposa y a los hijos, salvo que ambos esposos desarrollen en ese negocio la misma actividad y que no sufra disminución sensible el resultado económico.
- j) Bien propio de la esposa o del marido. Ha de ser excluido aquel a quien no pertenece el bien (...).

(...)

(...) En mi sentir, si el bien es prescindible no hay ninguna razón para que la esposa y los hijos abandonen el hogar conyugal para ir a vivir en otro inmueble de propiedad del marido; el interés familiar decide que permanezcan en el hogar conyugal donde se encuentran, con la costumbre que hace que los menores no sufran un impacto emocional al tener que abandonar ese hogar». ²⁶⁰

López del Carril, por último, sobre el tema que acapara nuestra atención, apunta que:

«... La jurisprudencia se ha orientado definitivamente hacia la posición igualitaria de derecho entre los esposos, en cuanto a la permanencia de

²⁶⁰ *Ibidem*, págs., 282-283

alguno de ellos en el hogar conyugal durante la secuela del juicio de divorcio; pero (...) esa posición gira hacia la exclusión del marido por razón de valoraciones éticas, sociales y jurídicas que propenden a tutelar a la familia misma y, además, por la mayor facilidad del marido para obtener vivienda adecuada a la modalidad de su sexo.

(...)

Queda justificada, desde un punto de vista jurídico y desde un punto de vista doctrinario, la exclusión del marido del hogar conyugal. Primero: porque la ley no confiere un derecho exclusivo a la permanencia en el hogar conyugal a uno de los cónyuges. Segundo: porque, en principio, no ha de haber para los esposos casa más honesta que el propio hogar conyugal. Tercero: porque es más difícil para la honestidad, reputación y pudor de la mujer obtener una vivienda adecuada a la moral que exigimos a su sexo, que al marido obtener una vivienda adecuada a la menos rígida moral que exigimos a nuestro sexo. Cuarto: porque si el matrimonio tiene hijos, ha de ser también el interés de éstos el que ha de privar, y si ellos quedan al lado de la madre, no puede inferirse a esos hijos el 'shock' psíquico de salir de la propia casa para ir a habitar a otra, aumentando el traumatismo con la separación que los menores advierten que existe entre sus padres. Quinto: porque la garantía de honestidad importa para el marido en su más alto grado el propio hogar conyugal que él ha constituido».²⁶¹

B. TENENCIA PROVISORIA DE LOS HIJOS

«... El juez, en el acto en que decrete las medidas provisionales (en el proceso de divorcio), resolverá con especial cuidado y prestancia lo tocante a la custodia de los hijos concediéndosela a uno de los padres, o a uno de sus parientes más próximos o a un tercero, para lo cual deberá tener en cuenta ante todo el interés de los hijos».²⁶²

Según Alterini:

²⁶¹ *Ibidem*, págs. 283-284

²⁶² *Ídem*.

«... Se trata de atribuir a uno de los cónyuges la guarda de los hijos (...), con carácter provisorio y en tanto dure el juicio de divorcio, pues lo más común es que los cónyuges estén separados durante su transcurso; terminado el juicio, se otorga a uno de ellos la tenencia definitiva de los menores.

(...)

Se toma (...) en cuenta la conveniencia del menor, con toda razón lógica, (...) y, en general, se procura mantener el 'status' de hecho actúa al momento de resolver lo pertinente». ²⁶³

Belluscio, en lo que concierne a la medida de otorgamiento de tenencia provisional de los hijos, expresa que:

«... Corresponderá entregar los menores de cinco años a la madre, salvo causas graves; y los mayores de esa edad –puesto que no hay ni puede haber aún pronunciamiento sobre la culpa– a quien el juez considere más conveniente para el interés de los hijos.

En principio, deben respetarse los convenios entre los padres sobre esta materia, pero nada obsta a que sean revisados judicialmente si resultan contrarios al interés de los menores. A falta de acuerdo, resulta aconsejable el mantenimiento del statu qua existente al tiempo de la promoción de la demanda, especialmente si de hecho uno de los cónyuges viene ejerciendo la tenencia por un tiempo prolongado, y salvo que esa situación haya sido creada por el engaño o la violencia de uno de los esposos. Cuando los menores son varios, es conveniente ponerlos a todos al cuidado de la misma persona, a fin de mantener la unidad de educación. Sólo por razones excepcionales cabe entregarlos a un tercero, dejando de lado a ambos padres; en tal caso, deben preferirse los abuelos o parientes cercanos. La internación en un establecimiento educacional sólo se justifica en casos extremos en que no haya otra solución para evitar la creación de un peligro físico o moral a los hijos o una grave perturbación de su desarrollo espiritual». ²⁶⁴

Sobre el particular, Borda hace estas afirmaciones:

²⁶³ Ídem.

²⁶⁴ Ibídem, págs. 284-285

«... La sentencia de divorcio debe decidir a cuál de los cónyuges corresponde la tenencia de los hijos menores. Pero como normalmente la separación es anterior o simultánea a la iniciación del juicio, es preciso atribuir a alguno de ellos la guarda, mientras dura el proceso. Es éste un problema que el juez resuelve según las circunstancias del caso y sobre la base de elementos de juicio y pruebas sumarias.

Desde luego, si los hijos fueran menores de cinco años, debe preferirse a la madre (...), salvo que hechos graves aconsejaran otra solución. Si fueran mayores de esa edad, el juez tendrá en consideración fundamentalmente los intereses de los menores (...).

(...) De cualquier modo, la resolución que recaiga en el incidente es de carácter provisorio y sujeta a revisión en la sentencia definitiva, en cuya oportunidad el juez tiene a su disposición todos los elementos de juicio aportados por las partes, lo que le permite decidir la cuestión con mayor conocimiento de causa».²⁶⁵

Zannoni termina señalando lo siguiente:

«... Al sostener que la atribución de la tenencia a uno de los progenitores importa el desmembramiento del ejercicio de la patria potestad en lo relativo a los deberes y derechos que emergen de la guarda, no podemos ignorar que al recaer esa tenencia en uno de los padres, el otro continúa siendo cotitular de la patria potestad. De allí que éste conserve la facultad de controlar el ejercicio de los poderes que la guarda otorga en lo relativo a la educación, asistencia moral, corrección, etc., de los hijos menores (...).

(...) Si bien en general el derecho de educación, elección del colegio, etc., de los hijos menores corresponde al cónyuge a quien se ha acordado la tenencia, esas prerrogativas lo son sin perjuicio del correlativo derecho de contralor y vigilancia por parte del otro. Es claro que ese contralor debe ejercerse razonablemente y teniendo en cuenta que es el progenitor que tiene la guarda el que está en mejores condiciones de valorar la

²⁶⁵ Ídem.

conveniencia del hijo. Cualquier oposición del otro, debería fundarse, por ende, en circunstancias atendibles y no ser abusiva».²⁶⁶

C. RÉGIMEN PROVISORIO DE VISITAS

Zannoni destaca: «... Para asegurar al progenitor –que no queda a cargo de la guarda– condiciones adecuadas para ejercer el control sobre la educación, formación y asistencia moral de sus hijos, amén del imprescindible contacto afectuoso que éstos requieren de ambos padres, es que se confiere a aquél el derecho de visitarlos. Este derecho (...) constituye una atribución de la que el progenitor que no está a cargo de la tenencia no puede ser privado, salvo causas graves...».²⁶⁷

Alterini sostiene que:

«... El cónyuge a quien no se le acuerda (en el juicio de divorcio) la tenencia provisoria de los hijos, tiene derecho a visitarlos. Si el cónyuge encargado de la tenencia provisoria de los menores se niega injustificadamente a esas visitas puede ser constreñido a admitirlas hasta con la aplicación de sanciones conminatorias (...) compulsivas, y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos cuyo importe será a favor del litigante perjudicado con el incumplimiento (...).

(...) Las visitas pueden suprimirse: por la negativa del alimentante a prestar alimentos, como manera de constreñirlo a cumplir esa obligación; cuando comprometan la salud física o psíquica del menor; etc.

El lugar de realización de las visitas depende de las circunstancias del caso: edad de los hijos, forma de las relaciones entre los padres en trance de divorcio, etc. Se reconoce, también, la facultad del padre o madre que no ejerce la tenencia provisoria, de llevar consigo al menor en determinadas circunstancias: fiestas tradicionales, parte del período de vacaciones, etc.».²⁶⁸

²⁶⁶ *Ibidem*, pág. 288

²⁶⁷ *Ídem*.

²⁶⁸ *Ibidem*, págs. 288-289

Belluscio, en lo que toca al régimen provisorio de visitas durante el proceso de divorcio, reflexiona de este modo:

«... El otorgamiento (durante el juicio de divorcio) de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro –ni a ambos, en el segundo caso– del derecho de mantener comunicación con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el derecho de visita, sin perjuicio de otros aspectos, como el intercambio de correspondencia, la vigilancia de la educación, etc. Sólo por causas muy graves que hagan que el ejercicio de este derecho pueda poner en peligro la seguridad o la salud física o moral de los menores puede privarse de él a los padres; por ejemplo, cuando pueden derivar alteraciones psíquicas para los menores.

En principio, las visitas deben realizarse en el hogar del cónyuge en cuyo favor se establecen –si lo tiene honesto– o en el lugar que él indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, pues ello supondría someter al cónyuge a violencias inadmisibles y quitar a las visitas el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos, y la realización en establecimientos públicos sólo procede en casos graves en que no hay otra posibilidad de efectuarlas, pues tal forma impide generalmente la comunicación espiritual entre padres e hijos. También debe permitírsele salir de paseo con el hijo, salvo que sea de muy corta edad o por razones de salud.

El régimen de visitas puede ser suspendido a título de sanción contra el padre que no da cumplimiento a su obligación alimentaria –salvo que se deba a circunstancias ajenas a su voluntad, como su falta material de recursos unida a la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo–, pues se trata de una obligación primordial sin cuyo cumplimiento no puede pretenderse ejercer los derechos correlativos ni alegar un cariño cuya inexistencia se demuestra acabadamente».²⁶⁹

D. PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISORIA

De acuerdo con Alterini, "Durante el curso del juicio de divorcio, a pedido de parte se puede fijar (anticipadamente) los alimentos que deban

²⁶⁹ idem

presentarse al cónyuge o a quien le correspondiere recibirlos y a los hijos".²⁷⁰

Al respecto el jurista Zannoni,²⁷¹ refiere que existe un deber entre los cónyuges, cuando estos tramitan el juicio de divorcio, pues el deber de asistencia (o alimentos) a los hijos menores de edad, o también al cónyuge necesitado, según sea el caso que el juez apreciará, teniendo en cuenta los alimentistas, dando preferencia a los menores hijos.

En otro aspecto la falta de pago por el marido de los alimentos adeudados a la mujer autoriza a ésta a solicitarla paralización del juicio de divorcio hasta que se regularicen los pagos, salvo que el incumplimiento se deba a la falta de recursos y a la imposibilidad del esposo de obtenerlos mediante su trabajo, es decir, que la omisión no sea maliciosa. La falta de pago de los debidos a los hijos puede fundar la suspensión del derecho de visita del padre (...).

(...) Los alimentos provisionales fijados durante la tramitación del juicio de divorcio cesan al solo pedido del marido si se decreta el divorcio por culpa de la mujer o de ambos (...). Inclusive caducan las cuotas devengadas y no percibidas. En cambio, no cesan por la sentencia que rechaza el divorcio, si la separación de hecho se mantiene, ni por la que lo decreta por culpa del marido, que los convierte en definitivos.

E. MEDIDAS PROVISIONALES DE CARÁCTER PATRIMONIAL

Al respecto, Carbonnier señala que:

«... Durante el desenvolvimiento del proceso (de divorcio), el marido continúa ostentando sus facultades de administración que le hayan sido conferidas por el régimen matrimonial, tanto sobre los bienes comunes como sobre los privativos de la mujer. La ley, sin embargo, adopta dos medidas inspiradas en un sentimiento de desconfianza:

²⁷⁰ Citado por: Hinojosa Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 290

²⁷¹ *Ibidem*, pág. 291

1º. A título preventivo se establece la posibilidad de intervenir judicialmente los bienes de la comunidad (...) para acreditar su constancia evitando sustracciones (...).

2º. A título sancionador se dispone que los actos de administración que el marido realice durante el juicio de divorcio (sobre bienes propios o comunes) pueden declararse inoponibles a la mujer si se demuestra que han sido concluidos en fraude de sus derechos...». ²⁷²

Alterini pone de relieve que «... las medidas precautorias procedentes (en el juicio de divorcio) son no sólo el embargo, sino todas las que puedan coadyuvar al preservamiento de la integridad patrimonial de la sociedad conyugal, y se dictan ante el solo pedido de la parte, sin necesidad de acreditar la realización de actos que la comprometan. Pueden recaer inclusive sobre bienes propios de uno de los cónyuges, pues tal calidad es indiferente en tanto no se efectivice la división del haber conyugal (...); pero no deben admitirse medidas que importen injustificado propósito extorsivo de la otra parte». ²⁷³

En opinión de Zannoni:

«... Las medidas precautorias de orden patrimonial (en el juicio de divorcio) proceden a petición de cualquiera de los cónyuges respecto de los bienes que administra el otro.

(...) Las medidas precautorias autorizadas (...) lo serán todas aquellas idóneas para evitar que la gestión por parte de uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos del otro.

(...) Serán proponibles todas aquellas que, sin afectar indebidamente derechos legítimos del otro cónyuge y de terceros, se encaminen a preservar la intangibilidad del patrimonio ganancial que administra aquél». ²⁷⁴

Suárez Franco, acerca de las medidas preventivas de carácter económico a ser dictadas en el proceso de divorcio, considera que son las que describe a continuación:

²⁷² *Ibidem*, pág. 293

²⁷³ *Ídem*.

²⁷⁴ *Ibidem*, pág. 294

a) «...Sostenimiento de los cónyuges. (...) Corresponde al juez determinar la cantidad con que los cónyuges, según sus facultades, deben contribuir para su habitación y sostenimiento, así como para el mantenimiento de los hijos que queden bajo la custodia y para las expensas de la litis. Cuando uno de los cónyuges solicite que la prestación de alimentos provisionada se le imponga al otro, deberá demostrar la capacidad económica de esta aduciendo prueba (...).

Esta obligación (...) cubre (...), en igualdad de circunstancias, a ambos cónyuges.

b) El embargo y secuestro de los bienes. El juez, a solicitud de parte, puede decretar el embargo y secuestro de los bienes que se le soliciten, siempre y cuando se ofrezca caución suficiente para prevenir posibles perjuicios. (...) Son embargables, para los efectos del juicio de divorcio, los bienes sociales. Los propios de los cónyuges lo son con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho si fuere el caso».²⁷⁵

En relación al tema que nos ocupa, Belluscio anota lo siguiente:

«... La promoción del juicio de divorcio autoriza la adopción de determinadas medidas precautorias tendientes a proteger a la mujer contra el peligro de que el marido pueda dilapidar sus bienes, y (...) también a salvaguardar los derechos del marido sobre los gananciales administrados por la mujer (...).

La construcción doctrinal y jurisprudencial (...) contempla las siguientes medidas:

1) Inventario.- (...) Se admite su realización como medida precautoria independiente, ya que no resulta gravosa y es esencialmente útil para determinar la composición del haber ganancial (...).

2) Embargo (...).

²⁷⁵ Ídem.

- 3) Inhibición general: La inhibición general sustituye al embargo como medio de hacer efectiva la no enajenación cuando los bienes del demandado no se conocen con precisión o existe la posibilidad de que sea propietario de otros, a más de los conocidos.
- 4) Veedor: La designación de veedor en los negocios del demandado para informar sobre sus operaciones o determinar el estado de la explotación de un negocio, sin facultades de administración ni de retención de dinero sino sólo de informar al juzgado sobre lo que fuere útil, ha sido admitida (...).
- 5) Interventor judicial.- También se ha admitido la designación de un interventor judicial, sin llegar a la privación de la administración del demandado, a fin de vigilar el desenvolvimiento de las operaciones de éste y en su caso, retener el porcentaje de las utilidades sobre el cual se trabó embargo (...).
- 6) Remoción del administrador de los gananciales (...).
- 7) Prohibición de innovar.- La prohibición de innovar –medida destinada a impedir que durante el juicio se altere la situación de hecho de los bienes en litigio para evitar que la sentencia se haga inocua o de cumplimiento imposible– también es admisible. Puede ser útil para evitar actos materiales que pudieran disminuir el patrimonio ganancial...». ²⁷⁶

2.2.17.12. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Generalidades

Según Pavón, «... los cónyuges podrán usar (en el proceso de divorcio) de todos los medios de prueba establecidos en las leyes de fondo y de forma y, por lo mismo, las circunstancias particulares de cada caso indicará a los mismos la justificación de sus respectivos puntos de vista o pretensiones». ²⁷⁷

²⁷⁶ *Ibíd.*, págs. 294-295

²⁷⁷ *Ídem.*

Para Barros Errázuriz, «... las declaraciones acordes del marido y de la mujer no bastan para probar el motivo de la separación; se necesitan otras pruebas (...).

En esta clase de juicios, atendida su naturaleza, se admite el testimonio de los domésticos y demás dependientes, pues a menudo son las únicas personas impuestas de los hechos pertinentes». ²⁷⁸

Bossert y Zannoni aseveran que «... el objeto de la prueba en el juicio de separación personal o divorcio fundado en cualquiera de las causales previstas (...), está constituido por los hechos alegados como fundamento de la demanda, y, en su caso, de la reconvenición. Puede sostenerse que rige el principio de amplitud probatoria, en el sentido de que todos los medios de prueba son admisibles a los efectos de acreditar las causas invocadas». ²⁷⁹

Los hechos presentados como fundamento de la demanda de divorcio, en el caso de la causal que fuera, se tiene que tener presente como los autores mencionan, en un aspecto la forma y el fondo, que por hecho el fondo es la sustentación de la demanda, el contenido fundamental de la prueba en que reside tal acción, así también como prueba se puede presentar, los testimonios de quienes conviven con ellos, quienes a través de su declaración, pueden certificar la certeza de la demanda.

A criterio de Belluscio, «la prueba fundamental a producirse en el juicio de divorcio es la de que el cónyuge ha incurrido en alguna de las causales legales. La prueba de hechos concretos encuadrados en la enumeración legal no resulta enervada por la del concepto de que el imputado goza en las relaciones sociales o en el desempeño de su trabajo o en cargos públicos, pues es común que en la vida de relación tanto el hombre como la mujer actúen en forma distinta de la que caracteriza su desempeño en la intimidad del hogar». ²⁸⁰ Dicho autor, en cuanto a los medios de prueba admisibles, sostiene que:

«En principio, todo medio de prueba es admisible en el juicio de divorcio (...).

No son admisibles las pruebas que requieran coerción sobre la persona de los cónyuges para su producción –como la comparecencia personal a una

²⁷⁸ *Ibidem*, pág. 296

²⁷⁹ *Ídem*.

²⁸⁰ *Ídem*.

audiencia para ser sometido al reconocimiento por testigos, o la pericia médica-, sin perjuicio de las inferencias que puedan extraerse de la negativa».²⁸¹

Belluscio, finalmente, pone de manifiesto que, «... en general, los hechos que dan lugar al divorcio ocurren en la intimidad del hogar, lo que dificulta su prueba. Por lo tanto, el criterio con que se aprecie la prueba debe ser amplio, y ella debe ser considerada en conjunto, a fin de tratar de obtener una idea exacta de la situación real del matrimonio y determinar, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad de cada cónyuge en el fracaso del matrimonio».²⁸²

Carbonnier, en lo que atañe a la prueba en el proceso de divorcio, expresa que:

«... Las causas de divorcio consisten en hechos materiales, con la salvedad de las condenas criminales que se acreditan mediante la certificación de la sentencia definitiva correspondiente. En principio y como regla general, no cabe descartar ningún medio de prueba para demostrar la existencia de dichos hechos; se incluyen los testigos, las presunciones (...) y los indicios (...).

En lo que respecta a los testigos, cabe advertir, que el testimonio de los consanguíneos, afines y criados (...) es admisible en el proceso de divorcio (...), pues frecuentemente son ellos los únicos que pueden aportar luces para comprobar la constancia de los hechos. En cambio, se repudia el testimonio de los descendientes que supone cierta vulneración de los deberes de honor y de respeto (...).

Pese al principio de inviolabilidad de la correspondencia, no hay impedimento para que la demanda de divorcio se fundamente mediante la aportación de las cartas recibidas o enviadas por uno de los cónyuges. Es difícil demostrar el adulterio sirviéndose de un medio distinto. De todos modos se precisa que el litigante que hace uso de dicha correspondencia, se la haya apropiado sin maniobras fraudulentas...».²⁸³

Arias al referirse la prueba en el proceso de divorcio dice lo siguiente:

²⁸¹ Ídem.

²⁸² Ídem.

²⁸³ *Ibidem*, págs. 296-297

«Por un lado (...), se amplía el derecho a producir prueba: pueden usarse todas las autorizadas para los actos jurídicos y se tendrán en cuenta todos los elementos de juicio (...).

(...) Y, por otro lado, se excluyen dos medios: la confesión y el juramento de los cónyuges.

(...)

(...) En la prueba testimonial a producir en el juicio de divorcio no funciona la tacha de amistad íntima (...), ni lo hace sospechoso el carácter de hermano de quien lo presenta (...). Es admisible el testigo de referencia (...).

No cabe aceptar el testimonio de los padres de los litigantes (...).

(...) Desde luego, las presunciones tienen en este juicio particular importancia. Por ejemplo, la pasividad del esposo demandado por divorcio, si no resulta sospechosa de confabulación (...), hace presumir su culpa».²⁸⁴

Según a lo referenciado por Arias, se tiene que la prueba en el proceso de divorcio por causal:

- Pueden usarse todas las autorizadas del acto jurídico.
- Pero se excluyen los medios de confesión y juramento de los cónyuges.
- Para la prueba testimonial, no funciona la tacha de amistad íntima.
- Es admisible el testigo de referencia.
- Tampoco cabe el testimonio de los padres de los litigantes en el proceso de divorcio por causal.

Alterini, sobre el tema que acapara nuestra atención, formula estas observaciones:

«Se admite (...), en principio, toda clase de prueba.

Por lo general es relevante la prueba testimonial, aun proveniente de parientes, íntimos amigos y demás personas estrechamente vinculadas al matrimonio (p.

²⁸⁴ Ídem.

ej., personal doméstico). Aun cuando, en condiciones normales, los dichos de estas personas son sospechosos de parcialidad por su parentesco, amistad, etc.- en los juicios de divorcio constituyen, muchas veces, la única prueba idónea para descorrer el velo de la intimidad de la vida matrimonial, que muchas veces presenta un aspecto para el exterior y otro muy distinto en la vida de relación recíproca de los cónyuges (...).

Es discutida la eficacia de la prueba rendida por agencias de investigación. En este caso, téngase presente, el investigador es un testigo que busca determinada prueba, pagado por la parte que lo contrata; no es el testigo espontáneo de hechos que caen bajo sus sentidos. Por ello se piensa (...) que la prueba de pesquisantes privados no es por sí sola bastante, pero puede servir si viene corroborada con otros elementos de juicio.

En cuanto a las cartas misivas (...) en general se las admite como prueba, aunque, para evitar la posible connivencia de las partes, se deba ser cuidadoso en su apreciación. La carta pertenece a su destinatario; esta regla no parece aplicable en toda su rigidez en los casos de divorcio, admitiéndose que uno de los cónyuges presente en juicio, para su reconocimiento por el firmante, la carta dirigida por un tercero, aunque haya llegado a tenerla en su poder interceptando la correspondencia dirigida a aquél. Si la carta misiva fue dirigida por el cónyuge a un tercero (...) puede intimársele la presentación de ella, pero (...) el requerido podrá oponerse a su presentación, si el documento fuese de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiere ocasionarle perjuicio...». ²⁸⁵

Como principio general, se admite todas las pruebas presentadas en la demanda de divorcio por causal, así se tiene la declaración testimonial de amigos, cercanos a la pareja (cónyuges), la declaración testimonial de la servidumbre que presta servicios en la casa de los consortes, pero a criterio del juez puede presumir que por la cercanía y relación con estos, las declaraciones caigan en parcialismo, que según él juez debe valorar de acuerdo a su criterio y experiencia en ese campo; así también se tiene la prueba presentada por pesquisas privados contratados para enmarcar la causal, que por sí solas esas pruebas, no son determinantes, pero si constituyen un criterio para el juez.

²⁸⁵ *Ibidem*, págs. 297-298

Para Nerio Gonzales Linares, "El artículo 196 del Código Procesal Civil, determina quién debe probar los hechos afirmados y contradichos por las partes, expresando: <Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos>. Es de advertir que, la normatividad reguladora de la carga de la prueba en proceso, no es sino aquella que tiene por objeto establecer como debe operar entre las partes la actividad procesal probatoria consistente en acreditar los hechos que son objeto de la Litis, cuya funcionalidad probatoria se haya regulada en los artículos 188-201 del Código señalado".²⁸⁶

A. LA DECLARACIÓN DE PARTE O CONFESIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Antes que nada, conviene tener presente que la confesión no es sino la especie del género que lo constituye la declaración de parte o absolución de posiciones. La confesión es considerada también como el resultado de la declaración de parte, aunque, advertimos, no siempre se da tal resultado, es decir, no necesariamente una declaración de parte da lugar a la confesión de un determinado hecho.

A decir de Velásquez Gómez, «... las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges, sea que ella se produzca en la demanda, o en la contestación, o en virtud de interrogatorio de parte, o en cualquier estado del proceso...». ²⁸⁷

Según Rébora, «en cuanto a la prueba de confesión, por vía de juramento o posiciones, (...) (se) la ha excluido expresamente. (...) El simple reconocimiento de hechos, efectuado por las partes en escritos presentados al litigio, no podría determinar un pronunciamiento de divorcio, mientras los respectivos hechos no hubieran sido corroborados por otras pruebas (...), pero serviría, por su parte, para robustecer las demás pruebas que se presentasen...». ²⁸⁸

²⁸⁶ Gonzales Linares, Nerio (2014), op. cit., págs. 747-748

²⁸⁷ Citado por: Hinojosa Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 267

²⁸⁸ Ídem.

Para Belluscio, «... no debe ser admitida la absolución de posiciones en el juicio de divorcio, pero sí en los incidentes, excepciones y juicios conexos. Por otra parte, la confesión espontánea puede ser tenida en cuenta si está corroborada por otras pruebas o es evidente la ausencia de connivencia, como en la confesión calificada, en que se admite una imputación, pero se procura atenuar sus efectos con otros hechos. Lo mismo ocurre en el caso de confesión extrajudicial».²⁸⁹

Acerca de la prueba confesional en el proceso de divorcio, Belluscio afirma que «... la prueba confesional (absolución de posiciones), o el reconocimiento espontáneo de los hechos, no será suficiente para tenerlos por acreditados. De modo que (...) será admisible citar al cónyuge a absolver posiciones. Sólo que, a diferencia de lo que acontece en el proceso civil en general, la confesión no será prueba bastante y deberá corroborarse con otros elementos de convicción. Otro tanto cabe señalar respecto del reconocimiento espontáneo de los hechos. Cuando la causa es la separación de hecho, la confesión es suficiente...».²⁹⁰

Pavón señala al respecto lo siguiente:

«... CONFESION JUDICIAL (...).

(...) Es aquella que se hace con todas las formalidades exigidas por las leyes de forma, puede relacionarse a las causas que dan origen al divorcio, o bien a circunstancias que aclaran situaciones derivadas de los otros medios de prueba, o que disipen una duda, a los efectos de la sentencia, etc., o sea, como complemento de pruebas.

(...)

(...) CONFESION EXTRAJUDICIAL. Esta confesión puede ser verbal o escrita y para este último caso, en instrumento particular o público».²⁹¹

Sobre el particular, Azula Camacho hace estas anotaciones:

«... Se contemplaba una limitación en materia probatoria para establecer los hechos sobre los cuales se estructuran las causales para poder incoar

²⁸⁹ Ídem.

²⁹⁰ Ibídem, pág. 299

²⁹¹ Ídem.

y obtener el divorcio, consistente en que la confesión, por sí sola, no era suficiente para demostrarlo.

Eso no significaba que la confesión estuviera vedada en esta clase de proceso, sino que se le restaba su eficacia probatoria. En otras palabras, la confesión podía ser utilizada e, inclusive, servir para llevarle al juez la convicción necesaria, siempre que, *conditio sine qua non*, estuviese ratificada por otros medios probatorios.

Dicha limitación obedeció a impedir que los cónyuges obtuvieran el divorcio de común acuerdo, por no estar reconocida esta causal en la ley, por cuanto bastaba que uno demandara y el otro aceptara los hechos mediante allanamiento, que es una forma de confesión, o por interrogatorio recepcionado en el proceso, para que se acogiera la pretensión.

En la actualidad esa limitación quedó expresamente derogada (...). Y es que (...) (carece) de respaldo mantenerla cuando se reconoce el mutuo acuerdo como causal de divorcio». ²⁹²

Entonces hacemos un marcado distingo entre la confesión y la declaración de parte, que según los tratadistas la confesión es la especie del género que es la declaración; es decir la confesión simple y llanamente produce la declaración de parte, pero atendiendo a la complejidad de la prueba en el divorcio, no siempre una declaración da pie a una confesión de los hechos; ahora en ambos puntos se tiene que sirven como medio de prueba para declarar el divorcio; como primer punto sostendremos que la declaración de parte que según el Código Procesal Civil es un medio prueba típico (artículo 192, inciso 1) y de acuerdo con los autores antes mencionados, es una manifestación, en el cual la parte absuelve posiciones incoadas, dando coherencia a los hechos presentados; mientras que la confesión, que encierra o engloba la declaración de parte, es aquella donde se absuelven también posiciones, dando lugar a la reconocimiento de los hechos, allanándose de manera parcial o total a los hechos encausados, pero el solo hecho de la confesión, no da lugar a aceptar por completa la pretensión en la

²⁹² Ídem.

demanda presentada, sino más bien esta debe estar siempre bien corroborada por los hechos sucedidos.

Así también tenemos una confesión judicial y una confesión extrajudicial, la primera es aquella que se obtiene atendiendo a la legalidad o formalidad prescrita en la ley, siempre y cuando absuelva dudas o corroboren otros medios de prueba; mientras que la confesión extrajudicial, es aquella que en su aspecto puede ser verbal o escrita o como instrumento formal puede ser de carácter público o privado.

B. LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Pavon refiere: «... Los hechos y actos que dan origen al divorcio pueden demostrarse con testigos que sean parientes, sirvientes, acreedores, etc., de los cónyuges, puesto que son los que están en condiciones de aclarar o instruir mejor al tribunal sobre los acontecimientos y demás circunstancias relacionadas con las causas y que los testigos extraños no siempre pueden hacerlo».²⁹³

«... Se hace una excepción importante al derecho común en cuanto al carácter de los testigos admitidos a declarar en el proceso. Según las reglas ordinarias, los parientes o afines cercanos a las partes (...) resultan, o bien excluidos de pleno derecho (...) o son tachables (...), es decir, que pueden ser descartados a pedido del adversario. Resultan sospechosos por demasiado favorables y en el caso de peleas de familia, por excesivamente mal dispuestos. Y lo mismo sucede con los criados. Pero en materia de divorcio estas personas a menudo son los únicos testigos posibles de los hechos de la vida íntima, en que se funda la demanda. Si se los descartase se haría imposible la prueba y por ese motivo, se los admite...».²⁹⁴

Rébora, en lo que se refiere a la prueba testimonial en el proceso de divorcio, expresa lo siguiente:

²⁹³ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit., pág. 300

²⁹⁴ Ídem.

«... Los hechos más característicos, los que corresponden, pues, a las acciones y abstenciones que más amplio material ofrecen a la manifestación de esta especie de conflictos, son en la mayor parte de los casos hechos íntimos que se producen en el recinto del hogar y en circunstancias tales que excluyen la posibilidad de que sean presenciados por individuos que no pertenezcan a la familia ni sean subordinados de los actores, ya en la categoría de empleados, ya en la de domésticos o sirvientes, es decir, por individuos que, en principio (...), serían susceptibles de tachas relativas. El tribunal llamado a pronunciarse sobre la demanda entablada no dejará en manera alguna de formular su propio juicio en cuanto a la sinceridad de cada declarante (...), y acaso se apoyará principalmente en testigos intachables para considerar como corroborante la declaración de los tachables (...), pero eso será siempre y cuando puedan deponer sobre un mismo hecho, testigos tachables y testigos intachables. Lo natural será que haya amplitud en el criterio con que se admite la prueba de testigos (...). Pero (...) la noción particular admitida respecto de los testigos en esta clase de juicios y concerniente al impedimento de parentesco y amistad, sólo está justificada en cuanto a los hechos que ocurren en la intimidad del hogar y en cuanto a los que hayan debido conocerse por causa del propio parentesco, y no lo está, pues, respecto de hechos completamente extraños a la vida del hogar y sobre los cuales sólo por casualidad el testigo haya podido tener información (...), lo que corrobora en otros términos la necesidad de juzgar esas como las demás declaraciones de testigos conforme a las reglas de la sana crítica...».²⁹⁵

A decir de Belluscio:

«... En materia de divorcio asume particular relevancia la prueba de testigos, como que por lo general los juicios de esta índole se resuelven sobre la base de lo que resulta de sus dichos. Se ha considerado que en el juicio de divorcio, cuando se trata de probar hechos ocurridos en la intimidad del hogar, revisten particular importancia las declaraciones de los allegados, sean éstos parientes, amigos íntimos o sirvientes, por lo que no pueden ser considerados testigos objetables en tanto sus declaraciones revelen objetividad y no sean parciales.

²⁹⁵ *Ibidem*, págs. 300-301

(...)

Se ha discutido (...) la fuerza probatoria de las declaraciones de investigadores privados, sean dueños de las agencias que se dedican a tal actividad o empleados de ellas, cuando los servicios de tales instituciones han sido contratados por uno de los cónyuges para obtener la prueba de la conducta del otro. El criterio predominante es que no tienen valor por sí solas, pero lo tienen si están corroboradas por otros elementos de juicio; la solución se extiende a los casos en que las agencias emiten informes sobre los mismos puntos». ²⁹⁶

Borda, sobre el objeto de nuestro estudio, opina de esta manera:

«... Por lo común, los divorcios se fundan en hechos que nos trascienden el ámbito del hogar. Sólo los parientes más cercanos, los amigos íntimos, los servidores, saben cómo se ha desenvuelto la vida de una casa; sólo ellos presencian las injurias, los incidentes, las agresiones físicas. De ahí que el parentesco, la amistad íntima o la relación de dependencia, que en otros juicios suelen ser motivos para subestimar y aun descartar el testimonio, en éstos no lo son en absoluto. Por el contrario, los jueces suelen dar especial valor a sus declaraciones, precisamente por ser los mejor informados. Lo que no excluye naturalmente la necesidad de analizar sus declaraciones con espíritu crítico o incluso desecharlos, cuando revelen parcialidad.

Pero los padres y los hijos no pueden ser testigos (...). Una razón de orden público obliga a no ponerlos en el trance de tener que falsear la verdad o declarar en contra del hijo o del padre. Esta prohibición rige tanto cuando se los ofrece por su propio consanguíneo como cuando lo hace la parte contraria, pues los testigos no son puestos para declarar en favor de una parte o de la otra, sino para decir la verdad, le convenga o no a quien los propuso. Y, precisamente, es esa verdad la que puede hacerlos entrar en conflicto con sus sentimientos paternos o filiales». ²⁹⁷

Borda señala, además, lo siguiente:

²⁹⁶ Ídem.

²⁹⁷ Ídem.

«... Otra prueba usada con relativa frecuencia es el testimonio de pesquisantes particulares a los que se encarga el seguimiento del cónyuge de quien se sospecha que tiene relaciones con una tercera persona (...).

Algunos fallos han admitido lisa y llanamente la procedencia de estos testigos, so capa de que su carácter profesional no resta valor a sus palabras, tanto más cuanto que ellos no reciben su sueldo del cliente, sino de la agencia a que pertenecen. Nos parece que estas decisiones sientan una doctrina en extremo peligrosa. La misión de estas pesquisas es precisamente la de sorprender en falta a uno de los cónyuges; procurarán por tanto tener éxito en esta tarea, lo que ya supone una suerte de parcialidad, que los inclinará por lo menos a deformar la interpretación de los hechos, atribuyéndoles mayor gravedad. Y lo que es peor, se facilita la actuación de gente inescrupulosa, que bajo el rótulo de 'agencia secreta', se presta a deponer por precio cualquier hecho falso, con la habilidad y eficacia propias del testigo profesional.

Lo cual no significa, sin embargo, que deba desecharse de plano sus declaraciones, por el solo hecho de provenir de pesquisantes particulares; por el contrario, pueden tomarse en cuenta si sirven para corroborar otras pruebas o si, por ejemplo, se acompañan fotografías que acrediten la veracidad de los hechos revelados».²⁹⁸

Bossert y Zannoni enseñan que:

«... La prueba testimonial suele ser decisiva en los juicios de separación personal o de divorcio. En general, los hechos ocurridos en el hogar o en círculos íntimos de los cónyuges sólo son conocidos por quienes habitan o frecuentan dicho hogar o que con alguna asiduidad han tratado a los esposos.

(...) En los procesos de familia son muchas veces los parientes quienes conocen mejor, o los únicos que conocen, los hechos que llevan a la separación personal o al divorcio.

(...) La jurisprudencia ha resuelto que en estos juicios el testimonio de los parientes, de los amigos íntimos o de los dependientes de una de las

²⁹⁸ Ídem.

partes, o de ambos, puede ser admitido ya que las personas más allegadas son las que tienen mejor conocimiento de los hechos y constituyen testigos necesarios. Ello no obsta, por supuesto, a que el juez analice sus dichos para descalificarlos, si de los mismos resultara que tienden a favorecer a una de las partes.

Algunos Códigos Procesales en forma expresa excluyen como testigos a los padres e hijos de los cónyuges. (...) Una razón de orden público, obliga a no poner a padres e hijos en el trance de tener que declarar en contra uno del otro». ²⁹⁹

Bossert y Zannoni terminan apuntando lo siguiente:

«... En ciertas circunstancias se ofrece el testimonio de personas que actúan para agencias de investigaciones privadas y que, por encargo de uno de los cónyuges, han efectuado seguimiento al otro, para determinar los lugares a que concurre, con quienes se acompaña, etcétera. Se trata, en otras palabras, de testigos contratados cuyos dichos pueden, en cierto modo, ser sospechosos de parcialidad.

Sin embargo, la jurisprudencia en general no los descarta totalmente y entiende que si bien no bastarán como prueba por sí solos pueden ser tenidos en cuenta como prueba de los hechos si se corroboran con la restante prueba producida al respecto...». ³⁰⁰

La prueba testimonial, del ingente comentario de los autores antes mencionados, se tiene que, que es aquella que se obtiene de la declaración de los parientes cercanos, como familiares que conviven con los cónyuges, los amigos íntimos, así como la servidumbre que presta servicio en la casa que habitan; como también testigos que pueden ofrecer veracidad de los hechos, y en fin; con la declaración de estos, se persigue que se pueda aclarar la duda en el colegiado.

En un punto aparte, se sabe que la declaración los familiares cercanos a los cónyuges, son bien excluidos del proceso o bien son tachados por la otra parte, pues por las riñas familiares, se hace muy común el favoritismo hacia uno de los cónyuges; por otra parte, así también que se tiene que

²⁹⁹ *Ibidem*, 302-303

³⁰⁰ *Ídem*.

tampoco se admiten la declaraciones de los criados de la familia, es pues, que estos son los únicos quienes saben de la vida íntima familiar, por lo tanto el juez en una apreciación acepta tales declaraciones, ya que sin esta declaración es imposible la prueba del divorcio.

En cuanto a la declaración presentada por los padres e hijos de los cónyuges, se tiene como no admitidas, porque se pone un punto más conflictivo la relación ya desgastada de los que buscan el divorcio, así como también no se puede poner en un punto intermedio a los hijos de estos, obligarlos a decidir entre su padre o su madre, es por eso que la norma procesal de pleno derecho rechaza la presentación como testigos.

En cuanto a la presentación de prueba de los pesquisas o investigadores (detectives privados), son un ingrediente en la prueba que puede ayudar a desenmascarar la verdad, pero siempre y cuando el fundamento sea el adecuado y el juez valore de buen aprecio las mismas, ya que por si solas, no son contundentes para probar alguna causal de divorcio.

C. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Rébora dice de la prueba documental (cartas y misivas) en el proceso de divorcio lo siguiente:

«... En lo que concierne a cartas misivas, escritas por los litigantes y equiparables, pues, a verdaderas confesiones, de las cuales se ha declarado unas veces que es improcedente citar a sus autores para que declaren si son auténticas (...); otras se ha declarado que las dirigidas a terceros pueden, en cambio, ser materia de reconocimiento (...).

(...)

(...) La función probatoria de las cartas será formalmente admitida cuando se tenga la convicción de que no encubren una prueba fraguada...».³⁰¹

Al respecto, Borda anota que:

³⁰¹ *Ibidem*, pág. 303

«Se ha admitido (...) el reconocimiento de cartas misivas dirigidas por uno de los cónyuges a un tercero, cuando es evidente que no se trata de una confesión encubierta, sino de una prueba auténtica.

Se ha impugnado este medio de prueba, so color de que podría envolver una connivencia; exigir el reconocimiento de la firma implica peligros semejantes a la absolción de posiciones. Pero aun dentro del criterio que veda la prueba de confesión, ha predominado decididamente la opinión contraria; la jurisprudencia ha resuelto, con toda razón, que debe admitirse el reconocimiento judicial de las cartas, sin perjuicio de valorar en el momento de la sentencia, si ha podido haber colusión entre las partes o si, por el contrario, se trata de una prueba auténtica.

Este es, sin duda, el criterio más prudente; muchas veces, la forma en que está planteado el pleito elimina toda posibilidad de connivencia; el propio texto de las misivas obliga a descartar la hipótesis de que puedan ser fraguadas. ¿Por qué no aceptar, entonces, una prueba decisiva y quizás única, de la conducta culpable de uno de los cónyuges? Están aquí en juego muy delicados problemas relativos no sólo al interés de los esposos, sino también de los hijos. No es posible, por ejemplo, entregarlos a la madre que una correspondencia revela adúltera, simplemente porque no haya otros elementos de prueba suficiente.

(...) Un principio universalmente aceptado en cuanto a las cartas como medio de prueba es que quien pretende hacerlas valer debe haber entrado en posesión de ellas por medios lícitos y regulares, lo cual no es sino una consecuencia del principio constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar. Pero a los cónyuges, sea marido o mujer, se les ha reconocido un derecho de intercepción de la correspondencia del otro, lo que se justifica por la razón muy simple de que entre ellos no puede haber secretos de esta naturaleza».³⁰²

Lo relativo a la prueba documental (consistente en cartas y misivas) en el proceso de divorcio es tratado por Pavón del modo que se reproduce seguidamente:

³⁰² *Ibidem*, págs. 303-304

«... CARTAS Y MISIVAS. Respecto de la confesión que se haga en éstas, que constituye una prueba instrumental, se ha planteado la cuestión sobre la inviolabilidad de la correspondencia, o secreto de las cartas, cuestión en que pueden plantearse dos situaciones, a saber:

1º. Entre los esposos, es decir, cambiadas o dirigidas, directamente entre ellos;

2º. De los mismos a terceros.

(...) PRIMERA SITUACIÓN. Puede solucionarse de acuerdo con los tres criterios siguientes:

a) Como principio, la inviolabilidad de la correspondencia es con relación a los terceros, siempre que no afecte la existencia misma del Estado, o bien a su constitución y organización, pero tampoco el principio es absoluto (...).

b) Entre los esposos no puede constituir una regla porque son interesados directos, o sea, dirigida recíprocamente de uno al otro, lo que quiere decir que si se hace uso de ella, no se ha violado el principio, puesto que aquel de los cónyuges que la escribió sabe que está expuesto a que el otro le dé publicidad, o la haga valer como medio de justificación de sus pretensiones.

c) La finalidad que se busca (...) es la demostración, por medio de la carta o misiva, de una institución de orden público, como es el divorcio, lo que significa que el principio del secreto no puede mantenerse en términos absolutos y, por consiguiente, su presentación sería procedente.

(...)

(...) SEGUNDA SITUACIÓN. Respecto de las cartas o misivas dirigidas a terceros, por uno o ambos esposos, el principio de la inviolabilidad tampoco es absoluto (...), puesto que si tiene una estrecha relación con el divorcio, que es de orden público, debe admitirse...».³⁰³

³⁰³ Ibídem, págs. 304-305

Bossert y Zannoni, acerca de las cartas y misivas ofrecidas como prueba en el proceso de divorcio, hacen estas afirmaciones:

«... Si uno de los cónyuges ha entrado en posesión de cartas dirigidas al otro, sin mediar violencia o medios abusivos o fraudulentos –es decir, medios ilícitos–, puede hacerlas valer como prueba (...).

(...)

Tratándose de correspondencia intercambiada entre los cónyuges, se ha resuelto que corresponde reconocimiento de ellas (...).

(...) Tratándose de correspondencia dirigida por uno de los cónyuges a un tercero, ha de suponerse que el cónyuge que presenta en juicio las cartas, las ha obtenido lícitamente del tercero a quien fueron dirigidas, quien las facilita para servir como medio de prueba. No podría ser de otro modo ya que a su respecto rige la inviolabilidad de la correspondencia (...).

Aun así, puede presentarse el caso de que un cónyuge obtenga una carta dirigida por el otro a un tercero, antes de ser enviada. En tal caso, rigen los principios (...) en cuanto a la admisibilidad del reconocimiento siempre que el medio con que se obtuvo la carta no importase uso de violencia, abuso o fraude (...).

Si se trata de la correspondencia dirigida a uno de los cónyuges por un tercero (...); (...) si el otro cónyuge la obtuviese por medios lícitos, podría presentar las cartas como prueba, e incluso, podría hacerlo el mismo cónyuge destinatario.

Quien presenta las cartas a juicio no carga con la prueba de que las obtuvo por medios lícitos, sino que pesa sobre el otro cónyuge la carga de demostrar que aquél las obtuvo por medios ilícitos». ³⁰⁴

Los mencionados juristas, refiriéndose esta vez a las pruebas documentales distintas a las cartas y misivas que pueden aportarse en el proceso de divorcio, apuntan lo siguiente:

³⁰⁴ Ídem.

«... En el juicio de divorcio, en particular, suele hacerse uso de otros medios documentales de prueba, tales como fotografías, grabaciones o instrumentos emanados de uno de los cónyuges que no constituyan cartas misivas. En cuanto a las fotografías y grabaciones se las ha admitido, aunque con las reservas que suscita su producción. Por ejemplo, se ha resuelto que procede ordenar el reconocimiento de fotografías ofrecidas como prueba. Del mismo modo, se ha aceptado la producción de pruebas fonográficas si ellas pueden llevar a la verdadera identificación pericial de su contenido; también se ha aceptado la grabación que un cónyuge hizo de una conversación telefónica del otro. (...) Es admisible citar a éste para que reconozca dicha conversación, y en caso de desconocimiento, se podrá practicar pericia acerca de si es realmente la voz de este cónyuge. En todos estos casos la prueba está sujeta a valoración conforme a la naturaleza del medio empleado para obtenerla, aunque pueda coadyuvar a configurar presunciones referentes a los hechos invocados en el juicio.

Respecto de instrumentos emanados de un cónyuge, no constitutivos de cartas misivas, a nuestro juicio deberán aceptarse como prueba; pero si de ello surge la confesión o reconocimiento de hechos que configuran causas de separación personal o de divorcio, deberán ser corroborados por otra prueba...».³⁰⁵

Belluscio, en lo que toca a la prueba documental en el proceso de divorcio, hace estas observaciones iniciales:

«... En principio la prueba documental es admisible, con sujeción a las reglas procesales que gobiernan su agregación en juicio.

Pueden ser invocados como prueba otros expedientes judiciales o administrativos. Las actas levantadas por la policía como consecuencia de exposiciones hechas por los cónyuges también pueden ser tenidas en cuenta, con la limitación de que por tratarse de manifestaciones unilaterales sólo podrían valer en contra, pero no en favor de quien las hace; especial valor asumen si de ellas resulta la exclusión de la causal de divorcio invocada.

³⁰⁵ *Ibidem*, pág. 306

Los instrumentos públicos y privados en general, así como también los documentos literales que no revisten el carácter de verdaderos instrumentos (...) pueden también ser propuestos como prueba. Cuando no son instrumentos públicos cabe la citación a reconocerlos, sea en su firma o bien en su letra si no están firmados, lo mismo que la autenticación por otros medios probatorios, como el cotejo o la prueba testifical; su fuerza probatoria debe ser apreciada en la sentencia.

Con relación a las cartas misivas, pueden presentarse las dirigidas entre los esposos, las enviadas por uno de ellos a un tercero (...) y las de un tercero a uno de los cónyuges; pero no valdrían como prueba las dirigidas por el cónyuge que las invoca a un tercero, pues ello implicaría hacer mérito de una prueba creada por el mismo interesado.

(...) Quien las presenta (las cartas misivas) debe haberlas obtenido por medios lícitos, y no mediante la violación de la correspondencia, que es un delito. (...) Nada autoriza a los cónyuges a delinquir para obtener las pruebas del juicio de divorcio; pero (...) no es quien las presenta el que debe probar que las obtuvo lícitamente, sino el otro esposo (es) el que debe demostrar que fueron logradas por medios ilícitos, ya que no necesariamente la posesión de las cartas implica haber violado la correspondencia del destinatario, pues también pueden haber sido abandonadas o extraviadas por éste.

También pueden presentarse documentos con firma irregular o no firmados, trátase de cartas, anónimos, notas, diarios íntimos, etc...».³⁰⁶

Belluscio, en cuanto a la prueba documental consistente en grabaciones fonográficas y fotografías, señala que:

«... Para la prueba de grabaciones fonográficas rigen parecidos principios que para las cartas misivas. Se ha resuelto que no viola secretos el esposo que registra las conversaciones telefónicas de su cónyuge para obtener la prueba de su inconducta, si tiene razonables sospechas acerca de ello. Para su autenticación ha sido rechazado el reconocimiento del interesado de que la voz grabada es la propia y de que la conversación se ha sostenido con

³⁰⁶ *Ibidem*, págs. 306-307

un interlocutor determinado o indeterminado, por considerarse que tal reconocimiento sólo cabe requerirlo por vía de confesión; en cambio, se ha admitido la identificación pericial basada en la registración mecánica de las curvas de vibración, amplitud e intensidad de ondas».³⁰⁷

«... Las fotografías son también documentos materiales que pueden servir como prueba y ser sometidos al reconocimiento de la parte contra la cual se presentan. Pero su valor probatorio debe ser analizado teniendo en cuenta la posibilidad de la presentación de fotografías fraguadas por uno de los cónyuges para intentar perjudicar al otro».³⁰⁸

En cuanto a la prueba documental, se tiene por puestas (las pruebas) a las cartas o misivas cursadas a personas ajenas que no son los cónyuges, de contenido o trato similar a la relación marital, es decir que en ellas se exprese un trato de parecido o igual trato al amor que se profesan los cónyuges en el matrimonio.

Ahora como prueba se requiere que estas sean lícitas, es decir que al momento de presentarlas, estas deben de haber sido obtenidas de manera lícita, pues es un principio constitucional, la prueba lícita; pero según la doctrina, esta interceptación de misivas o relación epistolar que hay entre el consorte adultero y la persona ajena al matrimonio (tercero), su solo obtención es lícita, no solo por el hecho, de que prueba la relación adulterina, sino más bien que es un principio dentro del matrimonio, que dentro del mismo no deben haber secretos.

Así también se tienen otras pruebas que pueden probar la relación adulterina, pruebas tales como la fotografía, la grabación o la videograbación misma, las cuales deben precisar momento, lugar, hora e indubitablemente el hecho de consumación de la relación adulterina (besos, abrazos, o tratos ajenos a la relación amical con otras personas); así también se pueden agregar los expedientes ya sea en el ámbito judicial o administrativo.

³⁰⁷ Ídem.

³⁰⁸ Ídem.

Como conclusión final a este punto, las pruebas documentales son admisibles, siempre y cuando estén a sujeción a las reglas procesales preestablecidas, estas por sí mismas deben generar convicción en el Juez, quien gobierna el juicio y probar la causal que se quiere imputar.

D. LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

«... La prueba pericial es admisible (en el proceso de divorcio). Por ejemplo, será necesario el ofrecimiento de peritos calígrafos para que determinen la autoría material de instrumentos o documentos atribuidos a uno de los cónyuges si no hubiesen sido espontáneamente reconocidos y procede su reconocimiento judicial. Tratándose de pericias médicas o psiquiátricas sobre la persona de uno de los cónyuges –p. ej., para determinar si sufre una enfermedad venérea o trastornos de conducta, alegados en la demanda o reconvención– no será, en principio, procedente la inspección corporal compulsiva, aun cuando la negativa del cónyuge a someterse a la pericia, constituye una presunción en su contra. La pericia médica podrá pedirla el cónyuge respecto de su propio cuerpo, para probar, p. ej., lesiones».³⁰⁹

En sentido similar se pronuncia Belluscio al señalar lo siguiente:

«... La prueba pericial de cualquier especie es admisible en el juicio de divorcio. Así, por ejemplo, la pericia caligráfica para demostrar la autenticidad de documentos literales atribuidos al otro cónyuge o a un tercero.

Algunas dificultades han acarreado la pericia médica para cuya realización se requiere la *inspectio corporis* del otro cónyuge. (...) Permitir la inspección corporal no implica reconocer nada, sino aceptar que los peritos comprueben por sí mismos, con el auxilio de su ciencia, la verdad material del hecho que se intenta comprobar. La negativa a someterse al examen pericial no autoriza el reconocimiento de viva fuerza, pero puede constituir un elemento de

³⁰⁹ Citado por: Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., págs. 307-308

apreciación al dictarse sentencia, según las circunstancias y los demás elementos de juicio acumulados». ³¹⁰

Acerca de la prueba pericial en el proceso de divorcio por causal expresa, tenemos que es admisible, o es válido el ofrecimiento en el proceso, aquellos peritos calígrafos certificados, quienes puedan ayudar a determinar la autoría de un documento u otro material atribuido al cónyuge culpable, así tenemos firmas de cartas o misivas, diarios personales, donde se acredite la infidelidad, o también aquellos hechos donde se involucren la escritura o la firma de puño y letra; así también se tiene las pericias médicas o psiquiátricas entre los cónyuges, para especificar la transmisión de una enfermedad de transmisión sexual, o la pericia medica sobre el propio cuerpo del cónyuge inocente para probar según sea el caso de lesiones.

Como agregado a este trabajo acerca de la prueba, se tiene como acotación, que la causal de adulterio también se puede probar con una infección de trasmisión sexual, que conjuntamente con prueba de la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial, o la prueba excepcional de la partida de matrimonio celebrado en el extranjero, la pericia medica que compruebe que existe contagio de una infección de trasmisión sexual, es suficiente para probar el adulterio, y como consecuencia la ruptura del matrimonio, produciéndose así el divorcio por causal de adulterio.

2.2.17.13. TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Según Alberto Hinostraza, ³¹¹ el proceso de conocimiento, vía procedimental aplicable a la pretensión de divorcio por causal específica (art. 480 –primer párrafo– del C.P.C. se tramita, en líneas generales, de este modo:

Presentada la demanda, el demandado tiene cinco días para interponer tachas (contra los testigos, documentos y medios de prueba atípicos) u oposiciones (a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia, a una inspección judicial o a un medio de prueba atípico) a los medios probatorios,

³¹⁰ Ídem.

³¹¹ Hinostraza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., págs. 308-310

contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos (art. 478 –inc. 1) – del C.P.C.).

Dentro de los cinco días de notificada la resolución que admite las tachas u oposiciones planteadas por el demandado, el demandante puede absolver dichas cuestiones probatorias (art. 478 –inc. 2)– del C.P.C.).

Dentro de los diez días de notificada la demanda o la reconvenición, el demandado o el demandante, según el caso, puede interponer excepciones (tomo las de incompetencia, incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral: art. 446 del C.P.C.) o defensas previas. Ello se colige del artículo 478 –inciso 3)– del Código Procesal Civil.

Dentro de los diez días de notificada la resolución que corre traslado de las excepciones o defensas previas planteadas por el demandado (respecto de la demanda) o por el demandante (respecto de la reconvenición), puede la parte procesal de que se trate absolver dicho traslado (art. 478 –inc. 4)– del C.P.C.).

Dentro de los treinta días de notificada la demanda, puede el demandado contestarla y reconvenir (la reconvenición, dicho sea de paso, se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.). Ello se infiere del artículo 478 –inciso 5)– del Código Procesal Civil.

Se cuenta con diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación de la demanda o de la reconvenición se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvenición, según el caso, conforme al artículo 440 del Código Procesal Civil. El plazo en cuestión se computará a partir de la notificación de la contestación de la demanda (que puede contener, además, la reconvenición: art. 445 –primer párrafo– del C.P.C.) o de la absolución de la reconvenición, según el caso. Ello se desprende del artículo 478 –inciso 6)– del Código Procesal Civil.

En caso de formularse reconvenición, el demandante puede absolver el traslado de ésta dentro de los treinta días de notificada la resolución que corre traslado

de la contestación de la demanda y de la reconvención (reiteramos que la contestación de la demanda puede contener, además, la reconvención: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.). Ello se infiere del artículo 478 –inciso 7)– del Código Procesal Civil.

Se cuenta con diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación jurídica procesal (computados desde la notificación de la resolución que concede un plazo para subsanar los defectos de que adolece dicha relación), conforme al artículo 465 del Código Procesal Civil, numeral este último que establece, al respecto, lo siguiente: A. tramitado el proceso conforme a la Sección Cuarta del Código Procesal Civil («Postulación del proceso») y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución concediendo un plazo (subsancatorio), si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental; y B. subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida, en caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido. Así lo determina el artículo 478 –inciso 8)– del Código Procesal Civil.

La audiencia de pruebas se realiza dentro de los cincuenta días de fijados los puntos controvertidos por el Juez. Ello se colige de los artículos 478 –inciso 10)– y 468 del Código Procesal Civil.

Se cuenta con diez días, computados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización, si fuera el caso, de las audiencias especial y complementaria. La audiencia especial, dicho sea de paso, se dispone para la actuación de la inspección judicial, cuando las circunstancias lo justifiquen (art. 208 –antepenúltimo párrafo– del C.P.C.), la fundamentación del dictamen pericial por los peritos en atención a la complejidad del caso (art. 265 –in fine– del C.P.C.), la fundamentación del dictamen pericial, en caso de falta de presentación del mismo, presentación extemporánea o incomparecencia de los peritos a la audiencia de pruebas (art. 270 del C.P.C.), etc. En cambio, la audiencia complementaria se dispone por el Juez sustituto, en caso de haberse producido la promoción o el cese en el cargo del Juez que dirigió la audiencia de pruebas (art. 50 –in fine– del C.P.C.); se dispone por el Juez del proceso, en caso de haberse realizado la audiencia de pruebas antes de la integración del litisconsorte necesario a la relación jurídica procesal, siempre que éste haya

ofrecido medios probatorios (art. 96 del C.P.C.); etc. Ello se desprende del artículo 478 –inciso 11)– del Código Procesal Civil.

La sentencia se expide dentro de los cincuenta días posteriores a la conclusión de la audiencia de pruebas (art. 478 –inc. 12)– del C.P.C.).

La apelación de la sentencia puede hacerse dentro de los diez días de notificada dicha resolución judicial, conforme al artículo 373 del Código Procesal Civil (art. 478 –inc. 13– del C.P.C.), según el cual: A. la apelación contra las sentencias se interpone dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, contado desde el día siguiente a su notificación; B. concedida apelación, se elevará el expediente dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso, salvo disposición distinta del Código Procesal Civil, siendo tal actividad de responsabilidad del auxiliar jurisdiccional; C. en los procesos de conocimiento y abreviado, el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días; D. al contestar el traslado, la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de lo que se conferirá traslado al apelante por diez días; E. con la absolución de la otra parte o del apelante si hubo adhesión, el proceso queda expedito para ser resuelto, con la declaración del Juez superior en tal sentido, señalando día y hora para la vista de la causa; y F. el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

Acercas de la tramitación del proceso de divorcio por causal, según el Código Procesal Civil (art. 480), que se tramita en vía proceso de conocimiento, y por ende solo se tramitara a petición de parte, que por lógica solo el cónyuge ofendido (cónyuge inocente) puede hacer uso de la acción.

Entonces queda claro que los plazos se sujetan a lo prescrito por el proceso de conocimiento (478 C.P.C.), de la siguiente manera:

- Desde presentada la demanda, cinco días para interponer tachas (contra los testigos, documentos y medios de prueba atípicos) u oposiciones (a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia, a una inspección judicial o a un medio de prueba atípico) a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos según el art. 478 –inc. 1, Código Procesal Civil.

- Así también se tienen cinco días para absolver las tachas y oposiciones, desde la notificación que admite las mismas (art. 478 –inc. 2)– del C.P.C.).
- De la misma forma se tienen diez días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o la reconvencción; aquí se tiene el caso que ya sea el demandante o el demandado, ambos tienen el mismo plazo. Entre las excepciones se toman la de incompetencia, incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral: art. 446 del C.P.C.) o defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales (455 del C.P.C.) Ello se colige del artículo 478 –inciso 3)– del Código Procesal Civil.

2.2.17.14. MODOS EN QUE TERMINA EL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

Azula Camacho anota que:

«El proceso de divorcio termina normalmente con la ejecutoria de la sentencia, cualquiera que sea la decisión, y anormalmente por las causales generales que obran en todo proceso, excluida la transacción, por implicar acuerdo o renuncia recíproca, total o parcial, de pretensiones, lo que no es viable por la naturaleza del asunto, y, además, como especiales, la muerte de cualquiera de los cónyuges y la sentencia de nulidad de matrimonio (...).

(...) Se eliminó la reconciliación (...) como medio anormal de terminación de este tipo de proceso, y, en su lugar, (se) estableció (...) el desistimiento bilateral, que pueden presentar directamente los cónyuges o por conducto de sus

apoderados en cualquier estado del proceso, pero si se realiza durante la audiencia, basta la manifestación de consuno de las dos partes».³¹²

A criterio de Valencia Zea, la acción o pretensión de divorcio se extingue:

1. "Por la muerte de cualquiera de los cónyuges, y ello en virtud del carácter personalísimo de la acción, por una parte, y, por otra, porque el matrimonio se ha disuelto quedando sin contenido u oficio la acción. La muerte de uno de los cónyuges puede haber ocurrido antes de la presentación de la demanda o una vez introducida. En este segundo caso se extingue la acción y el proceso respectivo (...).

En consecuencia, la acción jamás se trasmite a los herederos (...).

La muerte extingue automáticamente la acción. Por tanto, si por ignorancia de la muerte de uno de los cónyuges se profiere sentencia, esta carece de eficacia, es inexistente.

2. Por la declaración judicial de nulidad del matrimonio.
3. Por el perdón que el cónyuge inocente haga de las faltas cometidas por el culpable.

El perdón implica siempre la declaración de querer olvidar la ofensa y estar dispuesto el cónyuge inocente a continuar el matrimonio. La declaración de voluntad encaminada a perdonar no es un negocio jurídico; por tanto, el perdón dado sin conocer todas las causales, simplemente no es perdón (...).

4. Por la renuncia a ejercer la acción.

(...)

La renuncia a ejercer la acción de divorcio debe realizarse con posterioridad a los hechos que le sirven de causa o fundamento.

Por cuanto la doctrina estima como contrarias al orden público familiar y a las buenas costumbres y, en consecuencia, nulas en forma absoluta, las renunciaciones anticipadas a ejercer la acción, pues ello

³¹² Citado por: Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 311

implicaría la declaración de voluntad de un cónyuge a que el otro pudiera violar obligaciones instituidas por motivos del orden público.

5. Por el desistimiento producido una vez introducida la demanda y notificada al otro cónyuge.

En general, las acciones que libremente puede ejercer o abstenerse de ejercer una persona, son susceptibles de desistimiento, una vez presentada la demanda e iniciado el proceso. El desistimiento de la acción puede ser unilateral, o sea, provenir del demandante o ser acordado por ambos cónyuges. El desistimiento unilateral del demandante puede interpretarse como perdón, aunque no siempre necesariamente.

6. Por la reconciliación verificada en (...) las (...) audiencias de conciliación (...). La reconciliación no equivale exactamente al perdón, pues este es acto unilateral y aquella acto bilateral.

7. Por prescripción.

(...)

8. Perención.- Se extingue la acción y el proceso respectivo si el expediente de divorcio es abandonado por el demandante...»³¹³.

Normalmente el proceso de divorcio termina con la emisión de la sentencia (donde se ordena al órgano administrativo, anote la decisión de la sentencia de divorcio), es decir con la decisión firme en la resolución final, en donde se pone fin a la sociedad conyugal; aquí se tiene de la do o excluida la transacción o acuerdo entre ambas partes, ya sea para la renuncia total o parcial de la pretensión de divorcio; así también se tiene a la eventual muerte de uno de los cónyuges litigantes, por la cual también se pone fin al proceso de divorcio, o en su defecto a la nulidad del matrimonio, que la acción le corresponde al Ministerio Público (Art. 275 C.C.), es así que entre la nulidad del matrimonio se puede encontrar como causales (Art. 274 C.C.) a: la enfermedad mental, los ciegosordos, sordomudos o mudociego, el casado, la consanguinidad, el condenado por homicidio doloso, la no atención a la formalidad impuesta por la ley y la mala fe de los contrayentes.

³¹³ Ibídem, págs. 311-312

A. FIN DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL DEBIDO A LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Suarez Franco a la conclusión del proceso por muerte de uno de los cónyuges, expresa que:

«... En caso de muerte de uno de los cónyuges en la secuela del juicio (de divorcio), el otro deberá aducir al proceso el acta civil de defunción, con la cual demostraría el deceso de la contraparte. Ante dicha evidencia, el juez ordenará la terminación del juicio, pues la causa de este ha cesado por haber ocurrido la disolución del vínculo por muerte».³¹⁴

Al respecto, Gómez I Sinde refiere que:

«Cuando muere cualquiera de los cónyuges, la acción de divorcio se extingue, tanto si lo han solicitado de común acuerdo, como si lo ha interpuesto un cónyuge con el consentimiento del otro, como si la interposición ha sido contenciosa.

La Ley en este aspecto es muy tajante; si se produce el óbito de cualquiera de los cónyuges, se extingue la acción de divorcio».³¹⁵

En palabras de Ripert y Boulanger:

«... La acción de divorcio no puede ser intentada ni continuada después del fallecimiento de uno de los cónyuges (...). En este caso, se trata más bien de extinción de la acción (...). Estando disuelto el matrimonio la acción de divorcio pierde su razón de ser (...).

Conviene advertir que la acción se extingue igualmente por la muerte del esposo culpable como por la del esposo ofendido».³¹⁶

En relación al tema que nos ocupa, Bossert y Zannoni reflexionan de esta manera:

³¹⁴ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit., pág. 312

³¹⁵ Ídem.

³¹⁶ Ibídem, pág. 313

«... Con la muerte de uno de los cónyuges se produce la disolución del vínculo matrimonial (...). Ello plantea la cuestión de si la acción intentada por el cónyuge premuerto puede ser proseguida por sus herederos.

A nuestro juicio (...), la acción de separación personal o de divorcio vincular caduca con el fallecimiento de uno de los cónyuges, por cuanto desaparece uno de los presupuestos del ejercicio de la acción de estado: ello es la subsistencia del vínculo matrimonial. Es cierto que los herederos podrían alegar el interés en la determinación de la culpabilidad del supérstite para excluirlo de la sucesión del premuerto (...) exigiendo, por eso, la prosecución del juicio para el solo objeto de la calificación de la conducta. Sin embargo, creemos que ello, por sí solo, no legitima la prosecución de la acción de separación personal o divorcio post mortem...». ³¹⁷

Sobre el particular, Borda enseña lo siguiente:

«... ¿Pueden continuar los herederos la acción iniciada por el cónyuge? (...) Parecería lógica la respuesta afirmativa, pues los herederos no harían sino mantener una acción ya iniciada por la interesada, lo que implica una voluntad definida de no tolerar los agravios sufridos; y por otra parte, es evidente el interés de ellos en obtener un pronunciamiento que ha de tener influencia sucesiva sobre la vocación sucesoria. Pero (...) (la) jurisprudencia ha mantenido con firmeza la solución contraria. Por encima de los intereses económicos de los herederos está la consideración ética de que no deben seguirse removiendo las miserias de un matrimonio después que la muerte de uno de los esposos ha disuelto el vínculo.

(...) Por similares motivos, no podrían los propios cónyuges continuar la acción de divorcio después de fallecido el otro. A la circunstancia de que el vínculo ha quedado disuelto cabe añadir que es repugnante la idea de un proceso en el que se acumularía cargos contra un muerto, cuya conducta y buen nombre nadie podría defender eficazmente, pues los propios cónyuges son los únicos que saben la verdad de lo acontecido en la intimidad del hogar, y que conocen las pruebas de que pueden valerse». ³¹⁸

³¹⁷ Ídem.

³¹⁸ Ídem.

El fin del proceso de divorcio por causal, por la muerte de cualquiera de los cónyuges, es una forma de poner fin al litigio iniciado, esto por simple y llanamente ya no haber contendiente en el proceso.

En caso se diera el caso, el cónyuge sobreviviente (ya no se habla de cónyuge culpable o inocente), deberá introducir al proceso el acta de defunción, con la cual el juez que conoció el caso, emitirá una resolución donde ordenara la terminación del juicio, evocando como motivación la muerte de una de los litigantes en el proceso de divorcio.

Hay que tener en claro, que con la muerte de uno de los cónyuges, se produce de manera definitiva la disolución del vínculo conyugal, pero con la atinencia, de que no fue el proceso de divorcio (el divorcio en sí) quien puso fin a la relación marital, sino fue la muerte quien logro tal cambio; así también se tiene que el estado civil cambia por la de viudo o viuda según sea el caso que se presente, ya no por la que se perseguía, como lo era la de divorciado.

Otro aspecto que hay que tener en claro que con la terminación del proceso de divorcio por causal con la muerte de uno de los cónyuges, se deja de la do la acción de continuar el proceso, pues aunque la ofensa subsista (el daño a la imagen o la dignidad); el hecho de heredar sigue en cuenta, aun cuando el cónyuge ofendido haya iniciado el proceso de divorcio, posibilitando después, la reparación a la ofensa impuesta por el cónyuge culpable; –a criterio autónomo–, solo se puede hablar de cónyuge culpable o inocente, siempre y cuando exista una sentencia firme que dicte la separación (divorcio), y delegue la culpa a uno de los cónyuges.

B. FIN DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL DEBIDO A LA RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES

Pavon, rescata del divorcio por causal, de que una manera de poner fin al proceso es la reconciliación entre ambos consortes.

«... La reconciliación no es otra cosa que el acuerdo de ambos cónyuges para continuar la vida conyugal en armonía y con prescindencia de los hechos que han dado origen al desorden entre ellos...». ³¹⁹

Según Velásquez Gómez:

«... El proceso de divorcio puede terminar anormalmente (...) por la reconciliación que ambos cónyuges aduzcan expresamente y por escrito presentado personalmente por ellos.

Admitida por el juez la reconciliación, el divorcio solo podrá demandarse nuevamente por causa sobreviniente a ella...». ³²⁰

A criterio de Gómez I Sinde:

«La reconciliación (...) extingue la acción del divorcio, pero ésta debe producirse antes de que recaiga resolución del pleito.

Ha de ser expresa, y por tanto manifestarse en los autos en trámite.

Si la reconciliación fuera posterior a la sentencia de divorcio, no extinguiría el mismo, pero cabe la posibilidad de que los cónyuges puedan contraer entre sí nuevo matrimonio». ³²¹

Para Suárez Franco, «... la reconciliación de los cónyuges puede ocurrir, en audiencia, en el transcurso del juicio (de divorcio), o fuera de ella. Si ocurre en audiencia, de ello se dejará constancia en el expediente y el juez ordenará la terminación del proceso por reconciliación; de no ser así, los cónyuges deberán formular por escrito, personalmente y de manera expresa, la terminación del proceso, a lo cual accederá el juez mediante providencia». ³²²

López del Carril apunta sobre la materia lo siguiente:

«La doctrina y la jurisprudencia han avanzado en el concepto de reconciliación, no se limitan a interpretar la reanudación de las relaciones sexuales de los esposos que puede corresponder a una sorpresa de los

³¹⁹ Citado por: Hinojosa Minguéz, Alberto (2016), op. cit., pág. 314

³²⁰ Ídem.

³²¹ Ídem.

³²² Ídem.

sentidos y no a un verdadero cambio de los sentimientos; ni la cohabitación como mera vivencia conjunta, ni el interés de los hijos, sino que es necesario el perdón del ofendido y la aceptación del ofensor. Pero el perdón no basta por sí solo, puede inspirarse en un deber de conciencia o de religión, sin que por ello el esposo ofendido abandone su derecho. (...) No puede considerarse perdón a los efectos de la reconciliación entre los cónyuges la mera complacencia hacia el culpable o la exteriorización de un sentimiento conciliatorio con simples miras de tolerancia o consideración social; es necesario el elemento intencional que revele en forma clara y concluyente la voluntad de perdonar la ofensa reanudando la vida conyugal.

(...)

(...) La reconciliación es un estado de las almas y de las voluntades, es el soplo divino revelado en el perdón del ofendido y en el olvido de los agravios recibidos; es la contribución y el arrepentimiento en el ofensor, es la concordancia de los sentimientos, es la armonía de las voluntades; en fin, es el restablecimiento limpio y sincero de la vida plena.

La reconciliación, es ante todo una institución moral y no patrimonial. Enlaza las almas, no los intereses.

(...) La reconciliación funciona solamente para el caso de separación de cuerpos y no de divorcio. En el supuesto de divorcio la ley no prevé ni admite la reconciliación; toda reunión de los esposos no encuentra otra vía para reanudar la vida en común que la celebración de un nuevo matrimonio entre ellos. Y es lógico, el divorcio disuelve el vínculo y ese vínculo no puede reconstruirse de pleno derecho por la reconciliación; es menester la creación de un nuevo vínculo, es decir, la contracción de otro matrimonio...». ³²³

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez aseveran que:

«La reconciliación y el perdón tácito o expreso son causas de extinción de la acción de divorcio. La reconciliación presupone perdón mutuo de culpas reales o probables, y pone fin de común acuerdo al estado de desavenencia. El perdón presupone culpa de alguno de los cónyuges, de

³²³ *Ibidem*, págs. 314-315

forma unilateral el inocente perdona el agravio, ya sea con palabras, por escrito o con actos que de manera tácita hagan suponer el perdón de la falta. La reanudación de la vida en común es la forma más frecuente de reconciliación o perdón.

No puede intentarse un nuevo juicio por las causas perdonadas, pero sí por otras de la misma naturaleza». ³²⁴

Alterini afirma que la reconciliación de los cónyuges adopta dos formas, a saber:

«Es expresa cuando surge indudable el perdón de las causales de divorcio; por lo general se exterioriza por escrito en el juicio de divorcio. Pero no basta un desistimiento de la acción y (...) debe existir la voluntad de continuar cohabitando para que surta efectos.

Es tácita cuando la ley presume por la cohabitación. Claro está que debe poder inducirse claramente la voluntad de continuar la vida en común: así, no la habría si utilizaran habitaciones separadas de la misma casa; o la reanudación de la vida en común hubiera sido por breve lapso en una suerte de tregua; etc. Sin embargo, alguna doctrina considera producida la reconciliación con una única unión sexual...». ³²⁵

Dicho autor pone de relieve lo siguiente:

«... Cuando con posterioridad a la reconciliación se reitera la conducta que configura causal de divorcio, pueden invocarse no sólo las posteriores sino también las anteriores, que reviven (...).

Es decir: los hechos anteriores, por sí solos, no dan lugar al divorcio, pero su ocurrencia imprime -si se quiere- gravedad mayor a los sucedidos con posterioridad». ³²⁶

En opinión de Ripert y Boulanger:

³²⁴ Ídem.

³²⁵ Ibídem, págs. 315-316

³²⁶ Ídem.

«... Cuando hay reconciliación es porque el esposo ofendido consiente en perdonar: olvida los agravios del otro; la reconciliación vale pues como renuncia al derecho de pedir el divorcio.

Los tribunales, que deben proceder a la investigación de la intención (...), aprecian soberanamente los hechos de donde puede resultar la reconciliación (...). Lo más común y significativo sin que tenga por otra parte fuerza probatoria absoluta (...) es la reanudación de la vida en común, cuando ésta había sido provisoriamente interrumpida...». ³²⁷

Los mencionados tratadistas agregan que «la reconciliación impide la demanda de divorcio o detiene el procedimiento ya comenzado, cuando se produce en el curso de la instancia; produce el efecto de una amnistía, que borra el pasado...». Ripert y Boulanger puntualizan que «... los agravios perdonados pueden revivir, por así decir, y ser renovados en su virtualidad como causas de divorcio en dos casos: 1º si el esposo culpable de ellos reincide y comete nuevas faltas; y 2º cuando se descubren hechos antiguos y desconocidos que por sí solos fueran suficientes para la admisión del divorcio (...). En los dos casos, esos hechos nuevos o recién descubiertos, y que en consecuencia no fueron objeto del perdón acordado, podrán servir de base a una demanda de divorcio, y aunque por sí solos, no fueran bastantes para motivarla, se los sumará a los hechos perdonados para ser apreciados en conjunto...». ³²⁸

Lehmann refiere que «... en las causas de divorcio derivadas de culpa se excluye el divorcio en caso de perdón del cónyuge ofendido, o si éste considera que la infracción no perturba el matrimonio (...). Se evita así el divorcio por la simple concurrencia de un hecho formal, sin tener en cuenta la repercusión subjetiva de la infracción en el otro cónyuge. En caso de que éste estime que la infracción no perturba el matrimonio, adopta la posición interna del cónyuge objetivamente ofendido, que no ha advertido en absoluto la perturbación; el perdón presupone, en cambio, que el cónyuge ofendido ha considerado en principio la acción del otro cónyuge como perturbadora, pero más tarde no lo ha estimado así y desea continuar el matrimonio, es decir, renunciar al derecho de divorcio que le asiste. En ambos supuestos no concurre un negocio jurídico, sino

³²⁷ Ídem.

³²⁸ Ídem.

un proceso interno puesto de algún modo de manifiesto a efectos externos, que no presupone capacidad de gestión...». ³²⁹ El indicado jurista anota, además, que:

«Se ha discutido mucho la naturaleza del perdón. No se trata puramente de un sentimiento (puede un cónyuge perdonar el adulterio a pesar de no conseguir verse interiormente libre de la ofensa, y, en cambio, puede ocurrir que otro no perdona, a pesar de que el adulterio en sí le sea indiferente). Tampoco es una declaración de voluntad, por no ser necesariamente la expresión de un negocio jurídico. Es más bien un acto jurídico, mediante el que se manifiesta la voluntad de dar por no ocurrida la ofensa y de continuar el matrimonio (...). Ello implica, en todo caso, la notificación de una reconciliación, pero no siempre responde a un ánimo de reconciliación interno.

De ahí que los preceptos (...) relativos a las declaraciones de voluntad, no sean siempre de aplicación al perdón, sino únicamente en cuanto se adecuen a sus peculiaridades. El incapaz, o el que sufre trastorno mental, no puede perdonar válidamente; pero sí quien tenga la capacidad limitada, pero sea capaz en sentido natural. No merece tomarse en consideración la reserva secreta. Puede hacerse valer el error sin que precise impugnación formal. Si se desconoce la infracción, no existirá perdón; si se desconoce la gravedad de la infracción, no concurrirá perdón total. Sin embargo, la voluntad puede consistir en otorgar el perdón en todo caso, cualquiera que sea el grado de la infracción, o incluso si existieren otras infracciones que no se conozcan (...). Frecuentemente (no siempre) puede interpretarse como perdón la continuación de las relaciones sexuales a pesar de conocer la causa de divorcio (...). Hay que distinguir del perdón el hecho de que el cónyuge ofendido no considere la infracción como perturbación del matrimonio; en este caso no llega siquiera a nacer el derecho al divorcio...». ³³⁰

Enneccerus, Kipp y Wolff expresan sobre el tema lo siguiente:

«... El derecho al divorcio que se funda en conducta culposa (...) se extingue (...):

³²⁹ *Ibidem*, págs. 316-317

³³⁰ *Ídem*.

(...) Por perdón (...). El perdón no es un hecho de la vida anímica interior, sino exteriorización de este hecho (la exteriorización de que la ofensa producida por la otra parte, no existe ya) y, a la vez, declaración (por ello casi siempre implícita tácitamente en el perdón) de estar dispuesto a continuar el matrimonio.

Una mujer que no es feliz en su matrimonio y a cuyos oídos llega un adulterio del marido, no le 'perdona' por decirle que no le guarda rencor por esa infidelidad, si añade que pedirá el divorcio.

El perdón no es negocio jurídico, por lo cual no se aplican las normas sobre la impugnación por vicios de voluntad: un perdón 'sonsacado' no habrá de reputarse en general como tal perdón; una exteriorización del sentimiento conciliatorio, hecha sin conocimiento de todas las circunstancias importantes, no es impugnable por error, sino que no es perdón (así cuando la mujer asegura a su marido que terminará la relación de adulterio con X, y él la 'perdona' sin saber que aquélla sigue sintiendo una profunda inclinación hacia X y alienta la esperanza de volver a reunirse con él). El principio según el cual cada uno ha de atenerse a su propia declaración tal como el destinatario había de entenderla de buena fe, no rige para el perdón (...).

El perdón puede concederse expresa o tácitamente. A veces (no siempre), puede interpretarse como perdón el que el inocente, a pesar de saber la causa del divorcio, siga cumpliendo los deberes conyugales. Sin embargo, se ha de proceder con cautela antes de suponer un perdón tácito; la reconciliación de los cónyuges divorciados correría peligro si el cónyuge inocente hubiera de temer que toda palabra amistosa o toda complacencia hacia el culpable pudieran ser traducidas en perdón.

El perdón es posible aun después de interpuesta la demanda de divorcio y hasta la firmeza de la sentencia, incluso en la instancia de revisión».³³¹

Carbonnier trata lo relativo al fin del proceso de divorcio por reconciliación del modo que se reproduce seguidamente:

«... El hecho de que la controversia se refiera también a la concurrencia de conciliación prueba que la ley no alude a una reconciliación decisiva y

³³¹ *Ibidem*, págs. 317-318

persistente. Lo que sucede es que el cónyuge demandado alega que el divorcio no puede declarársele imputable, puesto que se halla exento de culpabilidad.

¿Cuáles son las condiciones de la reconciliación? En rigor se trata de una cuestión de hecho en cuya apreciación gozan los juzgadores de instancia de poderes ilimitados, si bien la estimación de la reconciliación se condiciona a la presencia de un elemento material y otro psicológico, pues los cónyuges han de avenirse física y espiritualmente. Las manifestaciones de voluntad –expresas o presuntas– por parte de los cónyuges, carecen de eficacia si no van completadas con el requisito de la intencionalidad (aunque se trate de manifestaciones duraderas), ya que el hecho de convivir pudiera ser equívocamente interpretado en caso de faltar dicho presupuesto (puede suponerse que los consortes se resignan a continuar conviviendo provisionalmente en interés de los hijos). Se requiere la voluntad de ambos esposos; la sola voluntad del cónyuge inocente es inoperante pues la reconciliación no consiste en un perdón unilateral, sino que se configura como *reconciliatio matrimonii*: debido a que la vida conyugal se hace de nuevo tolerable y sus vínculos vuelven a estrecharse.

Una vez demostrada la reconciliación, todas las causas de divorcio (...) quedan enervadas a virtud de la avenencia matrimonial. Técnicamente estamos en presencia de una excepción que paraliza la acción de divorcio no ejercitada, o la extingue en caso de haberse deducido. La reconciliación es una excepción de orden público que (...) se dirige a la consolidación de la unión matrimonial, por lo que puede hacerse valer en cualquier fase litigiosa, pudiendo apreciarse de oficio por el juzgador, cuando de las actuaciones procesales se desprenda que los esposos se reconciliaron con posterioridad a los acaecimientos alegados como motivos de disolución.

Los efectos de la reconciliación sólo se extienden a los hechos anteriores. La vida conyugal puede hacerse intolerable por la superveniencia de nuevos agravios o el descubrimiento de datos ignorados; incluso cabe

que, en tal situación, puedan argüirse de nuevo las causas de divorcio que hubieran sido detenidas por obra de la reconciliación...». ³³²

Borda, acerca de la reconciliación expresa de los cónyuges, sostiene que:

«... La forma común de la reconciliación expresa consiste en un escrito presentado en el juicio de divorcio, en el que las partes manifiestan su propósito de perdonar los agravios. El mismo tendría, desde luego, un documento privado, una simple carta.

Naturalmente, esta reconciliación suele ser seguida de la reanudación de la vida en común; pero éste no es un requisito necesario. La voluntad de perdonar surte efectos, aunque no haya cohabitación posterior.

Aunque no se exigen términos sacramentales, la voluntad de perdonar debe ser clara. No basta, por tanto, la presentación de un escrito en que se desiste de la acción de divorcio, ni la exteriorización de un sentimiento conciliatorio, con simples miras de tolerancia o consideración social. Tampoco basta la tentativa de reconciliación que no ha sido aceptada por el otro cónyuge». ³³³

El citado tratadista argentino, esta vez sobre la reconciliación tácita de los cónyuges, hace estas precisiones:

«... La forma típica de la reconciliación tácita es la cohabitación de los esposos después de la separación de hecho (...).

Por cohabitación debe entenderse la unión sexual; no basta que sigan viviendo bajo el mismo techo si la actitud de los cónyuges revela el rompimiento. En este sentido, es muy expresivo que hayan separado habitaciones.

(...) Cabe preguntarse si la unión sexual, aunque sea única, es suficiente para tener por producida la reconciliación o si la convivencia debe tener un carácter más o menos prolongado. Se aduce en favor de esta última solución que la reconciliación tácita supone hechos que demuestren una voluntad seria y deliberada de rehacer la vida en común; que un acceso carnal como hecho aislado puede ser una traición de los sentidos,

³³² *Ibidem*, págs. 318-319

³³³ *Ídem*.

independiente de todo pensamiento racional (...). No atribuimos a las relaciones sexuales la intrascendencia que se desprende de estas palabras, ni creemos que esa valoración corresponda al sentimiento moral de nuestra sociedad. Consideramos que cuando una mujer se entrega al esposo que la había agraviado, es porque perdona. Y lo mismo puede decirse del marido ofendido. Basta que se haya producido una sola vez la unión, a menos que las circunstancias del caso revelen que uno de los cónyuges fue impulsado por la conducta engañosa del otro.

(...) Debe tenerse presente que la cohabitación debe ser posterior a la separación, y que no basta la que es sólo posterior a los agravios que dieron lugar al divorcio. Sucede, en efecto, que uno de los cónyuges tolera hechos graves que le darían derecho a pedir la separación, con la esperanza de una enmienda. Pero cuando ésta no se produce y, por el contrario, las faltas se hacen más frecuentes o graves, se decide recién a iniciar el juicio. La convivencia que ha continuado durante todo ese tiempo no le hace perder el derecho a invocar todos aquellos agravios pasados. Por eso la ley sólo se refiere a la cohabitación posterior al momento de 'haber dejado la habitación común' (...).

(...) La reconciliación no resulta solamente de la cohabitación, sino de otros hechos que revelan el perdón. Se ha decidido, por ejemplo, que la hay cuando la esposa ha concurrido frecuentemente al domicilio del marido y lo ha atendido en su última enfermedad; o si aun manteniendo la separación de hecho, el marido visita frecuentemente a la esposa en su domicilio, pernocta con ésta y la acompaña a visitas al médico».³³⁴

Lagomarsino y Uriarte, en lo que atañe a la reconciliación de los cónyuges posterior a los hechos que autorizan la acción de divorcio y anterior a la expedición de la sentencia respectiva, formulan estas observaciones:

«... Se plantea una distinción inicial entre la reconciliación operada después de producidos los hechos que autorizan el ejercicio de la acción de divorcio pero anterior a la sentencia, y la que tuviere lugar con posterioridad al dictado de la sentencia en los juicios de separación personal y divorcio vincular.

³³⁴ *Ibidem*, pág. 320

En la primera hipótesis la reconciliación se produce con posterioridad a los hechos fundantes de la acción de divorcio y con anterioridad a la oportunidad procesal del dictado de la sentencia. La misma puede, entonces, efectivizarse antes de deducirse la acción o durante el juicio.

El efecto inmediato de la reconciliación en este caso es la extinción de la acción de separación personal o divorcio vincular. Las consecuencias de la reconciliación afectan tanto a la posibilidad de entablar la acción de divorcio como privan de sus alcances propios a la demanda ya instaurada, y, como resultado de ello, todo se restituye al estado que tenía con anterioridad al momento de producirse los hechos que dieran lugar a las acciones citadas, borrándose las injurias que hubieran podido inferirse los cónyuges (...).

No obstante, la opinión (...) de que los hechos anteriores pueden ser alegados con ulterioridad si los mismos importan un comportamiento reincidente, coincidimos (...) en que, producida la reconciliación, las ofensas perdonadas han quedado extinguidas y que los hechos nuevos deben ser suficientes por sí mismos para decretar la separación personal o el divorcio vincular. (...) Su relevancia (del perdón de las ofensas) como elemento esencial de este instituto reside en que está dirigido a restablecer la plenitud de los derechos y deberes derivados del matrimonio y, por ende, a privarlos de efectos en el futuro. De allí que no puedan ser invocados por sí solos para fundar una demanda de divorcio posterior a la reconciliación, ni que tampoco se les pueda reconocer entidad para ser alegados juntamente con hechos posteriores a aquélla. Si la reconciliación obsta a que se decrete el divorcio por hechos anteriores a ella, éstos sólo pueden ser citados como antecedentes de comportamientos ulteriores o para explicar el contexto de una conducta culpable.

En caso de que durante el juicio de (...) divorcio vincular se hubieren adoptado medidas precautorias, éstas caducan al operarse la reconciliación matrimonial. Ocurre lo propio con las medidas conexas al proceso de divorcio, como sería el caso de la atribución de la vivienda

común, la tenencia de los hijos menores de edad, el régimen de visitas, y los alimentos provisionales, entre otras». ³³⁵

Acerca de la reconciliación en los cónyuges, después de pronunciada la sentencia de divorcio por el juez que conoció la causa, esta solo tendrá efectos meramente mediante la celebración de nuevo matrimonio, es entonces por lo tanto, que la sentencia firme de divorcio absoluto priva a los excónyuges de toda posibilidad que presenten posterior a la resolución judicial, que disuelve el vínculo matrimonial; y por lo tanto es necesario la celebración de nuevas nupcias, para que los que ahora en estado civil aparecen como divorciados, accedan nuevamente al estado de familia de casados.

Sobre el particular, Belluscio apunta, en principio, lo siguiente:

«La reconciliación es la restitución del estado normal del matrimonio cuando dicho estado se ha roto en virtud de la desavenencia resultante de existir causales de divorcio (...).

(...) No es contrato de derecho de familia porque no reconozco la existencia de tal categoría de actos (...), ni es acto jurídico familiar por carecer del fin inmediato de establecer relaciones jurídicas. Es un acto real, acto lícito que no procura un resultado jurídico sino un resultado material o, de hecho –la reunión de los esposos separados o desavenidos– y al cual la ley adscribe consecuencias jurídicas (...).

Corno acto real tiene los siguientes caracteres: a) es bilateral, pues requiere el consentimiento de ambos cónyuges, sin que baste el perdón de uno para que tenga lugar si no concurre la voluntad del ofensor a restituir en su plenitud las relaciones conyugales; b) es no formal, pues la ley no exige determinada forma para que se produzca; c) puede ser expreso, o tácito, cuando deriva de la reanudación de la cohabitación antes interrumpida; d) es puro y simple, pues no cabe la reconciliación sujeta a modalidades». ³³⁶

Belluscio, en lo que concierne a los casos en que se produce la reconciliación de los cónyuges, hace estas anotaciones:

³³⁵ *Ibidem*, págs. 320-321

³³⁶ *Ídem*.

«... Cuando los esposos se hallan separados, el efecto normal de la reconciliación es la reanudación de la vida en común; de ahí que (...) la reanudación de la cohabitación interrumpida haga presumir la existencia de reconciliación. Sin embargo, tal presunción es *iuris tantum* y cede si la prueba demuestra que no se complementa con la intención de restablecer la vida normal del hogar.

La cohabitación a que la ley alude es la restauración del *consortium omnis vitae*, sin que baste la momentánea aproximación sexual o simples apariencias de mera cortesía; en otras palabras; es el restablecimiento del hogar común. No basta la unión sexual si no se produce dicho restablecimiento. La aplicación de la presunción legal requiere que la cohabitación haya sido interrumpida por separación judicial o de hecho, y no rige en caso de haberse continuado la vida en común después de los agravios, pues esa continuación puede obedecer a otros motivos.

La reconciliación no resulta únicamente de la reanudación de la cohabitación. Puede surgir de otros hechos, los que deben ser apreciados en cada caso particular sin que sea posible establecer reglas generales. Aun puede haber reconciliación sin reanudación de la cohabitación, si motivos especiales (de salud, de trabajo, etc.) justifican la separación de hecho». ³³⁷

El referido autor, en cuanto a la oportunidad para alegar la reconciliación de los cónyuges, manifiesta lo siguiente:

«... Dado que la reconciliación tiende al mantenimiento pleno del vínculo conyugal, se ha estimado que es de orden público y puede ser alegada en cualquier estado del juicio, mas no como excepción de previo y especial pronunciamiento. Puede invocarla el ministerio público y hacerla valer el juez de oficio.

La reconciliación anterior a la contestación de la demanda, sin embargo, sólo puede ser alegada en ésta, pues su carácter de orden público no implica que como defensa pueda ser opuesta en cualquier momento, ya que el orden público también exige dar a los litigantes las garantías indispensables del debido proceso. Pero si es posterior a la contestación,

³³⁷ *Ibidem*, págs. 322-323

puede ser alegada en cualquier estado del juicio, por la vía de los incidentes; la existencia de un incidente de reconciliación obsta a que se dicte sentencia en el juicio de divorcio, por lo que en caso de hallarse en estado de dictarla, debe ser suspendido hasta la resolución del incidente». ³³⁸

Belluscio, en lo atinente a la prueba de la reconciliación de los cónyuges, predica que:

«... La carga de la prueba de la reconciliación incumbe al que la alega, pero si se prueba la cohabitación, quien afirma que ella no importó efectiva reconciliación debe probarlo.

La prueba puede hacerse por todos los medios, inclusive la confesión de los cónyuges; es admisible la absolución de posiciones tendiente a provocarla...». ³³⁹

Belluscio, por último, sobre los efectos de la reconciliación de los cónyuges, enseña que:

«... La reconciliación anterior a la sentencia de divorcio extingue la acción tendiente a obtenerlo (...). Obsta pues, a que se decrete el divorcio en virtud de los hechos anteriores a ella. Pero en caso de que se incurra en nuevos hechos que configuren causales de divorcio con posterioridad, se discute si los anteriores pueden o no ser invocados luego. Para una tesis, sólo puede probarse la conducta anterior como explicación y antecedente de las causales posteriores; para otra, que predomina en la jurisprudencia, si hay nuevos actos de inconducta, los hechos anteriores pueden ser invocados junto a éstos, pues los nuevos agravios hacen revivir los anteriores, pero no puede decretarse el divorcio por éstos como causales únicas. En realidad, el resultado práctico es siempre el mismo: como simple antecedente de la conducta ulterior o como causales de divorcio renovadas por las posteriores, los hechos anteriores a la reconciliación no pueden por sí solos fundar una sentencia de divorcio.

Si se opera durante la sustanciación del juicio de divorcio, la reconciliación deja sin efecto las medidas cautelares respecto de las

³³⁸ Ídem.

³³⁹ Ídem.

personas de los cónyuges, de los hijos y de los bienes, restablece la vocación hereditaria de los esposos separados y mantiene sin alteraciones la vigencia de la sociedad conyugal».³⁴⁰

Lo concerniente al fin del proceso de divorcio por reconciliación de los cónyuges se halla normado en el artículo 356 del Código Civil, en estos términos Alberto Hinostroza menciona que:

«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 [del C.C.].

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».

El artículo 346 del Código Civil, a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 356 de dicho Código sustantivo (citado precedentemente), versa sobre la reconciliación de los cónyuges respecto de los cuales se tramita o se ha tramitado un proceso de separación de cuerpos, y señala lo siguiente:

«Cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriere después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso.

Tanto la sentencia como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal [en la actualidad es el Registro de Personas Naturales].

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».³⁴¹

³⁴⁰ *Ibidem*, págs. 323-324

³⁴¹ *Ídem*.

Como afirman los autores como Gonzales I Sinde, López del Carril, Belluscio, Carbonier, entre otros mencionados, una de las formas de poner fin al proceso de divorcio por causal, es la reconciliación entre los consortes (realización del perdón entre los mismos), es consustancial, que esta reconciliación deba hacerse antes de la emisión de la sentencia que resuelve el vínculo matrimonial, pero después de la emisión de la sentencia misma, los que eran consortes, de ante mano no tendrían ningún impedimento en volver a contraer nuevas nupcias, ya que el perdón o la reconciliación aun subsista.

Acerca del perdón, que según la doctrina afirma que debe ser de manera expresa o tácita; es expresa cuando, cuando por ejemplo en el proceso de divorcio, específicamente en audiencia, se exterioriza el perdón a la ofensa, para lo cual el juez dejara constancia del tal hecho en autos, o si se diera fuera de audiencia, los litigantes, deberán comunicar por escrito al juez de tal decisión; es tácita cuando la ley establece la reanudación de la convivencia, es decir que ambos cónyuges, de común acuerdo vuelvan a ocupar la misma casa, compartiendo todo hasta antes de la separación (cohabitación).

Ahora la doctrina afirma que la admitía, o el perdón a la ofensa por parte de una de los cónyuges, detiene el proceso y en su defecto pone fin al mismo, en pocas pacas palabras el cónyuge inocente olvida la causal iniciada en contra del cónyuge culpable; pero se tiene que este mismo puede iniciar una nuevo proceso de divorcio siempre y cuando el cónyuge culpable reincida en la conducta ofensiva hacia el cónyuge inocente, o también cuando se descubran hechos nuevos, dentro de los cuales no habían sido perdonados, es decir que son anteriores a la ofensa perdonada.

Como efectos secundarios del perdón entre los cónyuges (reconciliación), se deja sin efecto las medidas cautelares tramitadas durante el proceso de divorcio, se restablece la tenencia y custodia de los hijos si los hubiera, vuelven los bienes a la sociedad conyugal, así también se restablece la vocación hereditaria entre ambos cónyuges y por último se restablecen los deberes y derechos ofrecidos durante la celebración del matrimonio.

C. FIN DEL PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL DEBIDO A LA EXPEDICIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

Rebeca Jara y Yolanda Gallegos difieren que: “Si la sentencia de divorcio es estimatoria, vale decir, si declara fundada la demanda respectiva, entonces, se declarara la disolución del vínculo matrimonial, lo cual acarrea una serie de efectos que se verán más adelante”.³⁴²

Carbonier estima que las características de la sentencia de divorcio son las que explica seguidamente:³⁴³

1. *Se trata de una sentencia constitutiva. La sentencia disuelve el vínculo y confiere a los cónyuges una nueva situación, la de consortes divorciados. Su calidad constitutiva determina que los efectos operen a partir del día en que fue dictada, sin alcance retroactivo.*
2. *Se trata de una resolución oponible respecto de terceros. Por tanto debe ponerse en su conocimiento mediante (...) inscripción en el registro de estado civil. La fecha de dicha transcripción sirve de referencia para graduar la eficacia “erga omnes” de la sentencia de divorcio (pues su alcance pecuniario se cifra en la disolución del régimen matrimonial).*

Como resulta obvio, el proceso de divorcio por causal termina (normalmente) debido a la expedición de la sentencia definitiva (cuando ésta queda firme, claro está), ya sea dicha resolución judicial estimatoria o no.

1) Aspectos generales de la sentencia de divorcio

Carbonnier sostiene que los caracteres jurídicos de la sentencia definitiva de divorcio son los que describe a continuación:

- 1º. «Se trata de una sentencia constitutiva. La sentencia disuelve el vínculo y confiere a los cónyuges una nueva situación, la de consortes divorciados. Su calidad constitutiva determina que los efectos operen a partir del día en que fue dictada, sin alcance retroactivo.

³⁴² Jara, Rebeca S. y Gallegos, Yolanda (2012), op. cit., pág. 260

³⁴³ Citado por: Jara, Rebeca S. y Gallegos, Yolanda (2012), op. cit., pág. 260

2º. Se trata de una resolución oponible respecto de terceros. Por tanto debe ponerse en su conocimiento mediante (...) inscripción en el registro del servicio del estado civil. La fecha de dicha transcripción sirve de referencia para graduar la eficacia 'erga omnes' de la sentencia de divorcio (pues su alcance pecuniario se cifra en la disolución del régimen matrimonial)». ³⁴⁴

Según Enneccerus, Kipp y Wolff, «... la sentencia de divorcio pronuncia, no sólo el divorcio congruentemente con la petición del demandante, sino también (...) la culpa del demandado en este divorcio (...). En su primera parte, la sentencia es constitutiva: opera la disolución del matrimonio (...). En cambio, la afirmación de culpa del demandado es declarativa, si bien engendra efectos secundarios de derecho privado». Los indicados tratadistas precisan que «... si se alegan varias causas de divorcio, el tribunal dictará sentencia definitiva en cuanto conste la posibilidad de decretar el divorcio y se haya esclarecido la cuestión de la culpa». ³⁴⁵

Valencia Zea dice de la sentencia de divorcio lo siguiente:

«... Pareciera que el juez tiene una libertad total para decretar o abstenerse de decretar el divorcio. El poder discrecional que se le otorga se encuentra notablemente limitado y solo debe ejercerlo en casos que lo justifiquen ampliamente.

(...) En general, todas las veces que la causal de divorcio se encuentra debidamente comprobada, debe decretar el divorcio, y en especial, cuando el desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial sea de tal gravedad que no es posible esperar el restablecimiento del hogar.

El hecho de que exista demanda de divorcio y que hayan fracasado las audiencias de conciliación, es síntoma serio de que la integridad conyugal se ha roto de manera definitiva.

(...)

(...) Respecto a la culpabilidad, en toda sentencia de divorcio debe quedar claro cuál de los cónyuges es inocente y cuál no. Sobre este particular,

³⁴⁴ Citado por: Hinostroza Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 325

³⁴⁵ Ídem.

deben distinguirse estas clases de sentencias: aquellas en que un cónyuge es inocente y el otro culpable; otras, en que ambos cónyuges resultan inocentes (...).

(...) Una vez en firme, debe inscribirse en el registro del estado civil de las personas (...). Sin la competente inscripción, carece de validez la sentencia de divorcio (...).

La inscripción puede hacerse aunque uno de los cónyuges haya muerto después de haberse ejecutoriado la sentencia».³⁴⁶

Azpiri, acerca de la sentencia en el proceso de divorcio, hace estas afirmaciones:

«La sentencia que acoge la demanda decretará (...) el divorcio vincular de los esposos. A su vez, (...) la sentencia deberá contener la causal en que se funda y el juez declarará la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges.

Esto significa que el magistrado tiene que determinar los hechos que han sido acreditados y encuadrar esos comportamientos en, por lo menos, una de las causas (...). Asimismo, debe calificar la conducta de los esposos frente a las causas acreditadas determinando su culpabilidad o inocencia; obviamente, no podrá dictar una sentencia favorable si no considera que al menos uno de los cónyuges es culpable. Sólo cuando haya mediado reconvencción podrá decretar la culpabilidad del cónyuge actor.

La sentencia que rechaza la demanda hace cosa juzgada sobre los hechos invocados, pero no impide iniciar una nueva demanda por acontecimientos ocurridos con posterioridad a la misma o por los sucedidos antes pero conocidos después. La sentencia que hace lugar a la demanda importa una modificación en el estado de los esposos, que quedarán emplazados en el estado de (...) divorciados (...). Esta sentencia deberá ser inscrita en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como nota marginal al acta de matrimonio».³⁴⁷

³⁴⁶ *Ibidem*, págs. 325-326

³⁴⁷ *Ídem*.

A criterio de Azula Camacho, la sentencia estimatoria de divorcio contiene los siguientes pronunciamientos:

- a. «Decretar el divorcio de los cónyuges (...).
- b. Declarar disuelta la sociedad conyugal formada entre los cónyuges. (...) Entre los efectos de la sentencia y, por ende, que constituye punto a declarar en ella, está la disolución de la sociedad conyugal. Desde luego que no hay lugar a este pronunciarse (sic) cuando no ha existido sociedad conyugal o, a pesar de haberla, ha sido disuelta por cualquiera de los medios establecidos por la ley.
- c. Disponer en poder de quién quedan los hijos menores, que puede ser al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos o de una tercera persona, atendiendo para ello su edad, sexo y la causa del divorcio.
- d. Determinar a quién le corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en todos los casos en que la causa probada del divorcio determine la suspensión o pérdida de la misma; o si los hijos deben quedar bajo guarda.
- e. Señalar la proporción con que cada cónyuge debe contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes (...).
- (...)
- f. Fijar, si fuere el caso, el monto de la pensión alimenticia que uno de los cónyuges debe dar al otro (...).
- (...)
- g. Disponer que se comunique al funcionario que corresponda (. . .) para que inscriba la sentencia en el folio donde se sentó la partida de matrimonio y en la de nacimiento de cada uno de los cónyuges». ³⁴⁸

³⁴⁸ *Ibidem*, pág. 327

La sentencia en el proceso de divorcio es examinada por Suárez Franco del modo que se reproduce a continuación:

«... Cuando el proceso termina por sentencia y sin perjuicio de que sea inhibitoria ella puede contemplar una de dos posibilidades: o la de negar el divorcio o la de decretarlo. En caso de que deniegue el divorcio, podrá ordenar la separación de cuerpos, si esta se le hubiere solicitado como petición subsidiaria en la demanda. De no ser así, deberá limitarse a absolver al demandado y condenar en costas al demandante, si a ello hubiere lugar (...).

En caso de que el juez acceda a las pretensiones de la demanda y decrete el divorcio, la sentencia deberá contener (...):

1. Poner a los hijos menores al cuidado de uno de los cónyuges, de ambos o de un tercero, según sea más conveniente para los intereses de los hijos y teniendo en cuenta la edad de ellos.
2. Determinar a cuál de los padres se le entrega el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, en los casos en que la causal probada sea determinante de la suspensión o pérdida de aquella, o si los hijos deben quedar bajo guarda.
3. La proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, en consideración a sus capacidades económicas, salvo el caso en que el hijo tenga bienes propios (...).
4. Si fuere el caso, el monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro.

El juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cese la obligación.

Igualmente, el juez podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos al otro, en razón de divorcio o de separación de cuerpos, preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro». ³⁴⁹

En cuanto al tema que acapara nuestra atención, Lehmann formula estas observaciones:

«... Cuando el matrimonio se haya disuelto por violación culposa del demandado procede esta declaración en la sentencia, y concretamente en la condena de la misma; sin embargo, es también suficiente que la culpa se haga figurar en los considerandos, por ejemplo, 'el demandado es culpable del divorcio'. En caso de que la demanda hubiera sido desestimada, y el divorcio se pronuncia en virtud de la reconvencción, deberá declararse: 'el demandante es culpable del divorcio'. Si también estuviere fundada la demanda, se declarará: 'ambas partes son culpables del divorcio'. Si el demandante se hubiere fundado en causa no culposa, y la demandada hubiere planteado la reconvencción fundada en violación culposa del matrimonio, deberá ser declarado culpable el demandante, siempre que estén fundadas ambas demandas (...). Como quiera que la declaración de culpabilidad por igual de ambos cónyuges no se adecua, frecuentemente, a la situación de hecho, deberá determinarse también el grado de culpabilidad, y si la culpa de uno de los cónyuges fuese considerablemente mayor se declarará que su culpabilidad es predominante (...).

No debe, empero, el demandado ser obligado a plantear reconvencción solamente para evitar el inconveniente de ser declarado culpable único. De ahí que pueda limitarse a pedir que en caso de pronunciarse el divorcio sea declarado también la culpabilidad del demandante o su mayor culpa (...). En este caso es condición indispensable que el demandado hubiera estado en condiciones, por su parte, de entablar el divorcio por causa de culpabilidad en el momento en que se entabló la demanda (...).

Es más, si el demandado, al tiempo de presentarse la demanda, hubiera perdido, en virtud de caducidad o de perdón, su derecho a entablar el divorcio contra el demandante por causa derivada de culpa de éste,

³⁴⁹ *Ibidem*, págs. 327-328

deberá, a pesar de ello, ser estimada su petición si ello responde a la equidad (...). Son aplicables normas análogas en caso de que el demandante alegue una causa de divorcio no derivada de culpa y el divorcio fuere pronunciado por dicha causa (...). En caso de que ambas partes aleguen causas no derivadas de conducta culposa, no habrá lugar a declaración de culpabilidad.

(...) Es improcedente (...) dictar sentencia parcial, por ejemplo, estimando solamente la demanda o sólo la reconvencción, o la sentencia parcial de divorcio omitiendo la cuestión de culpa». ³⁵⁰

Finalmente, Albaladejo, en lo que concierne a la sentencia en el proceso de divorcio, nos ilustra de esta manera:

«Con la sentencia se crea un nuevo estado de cosas definitivo (al menos en principio). Las medidas tomadas antes respecto a personas y bienes se confirmarán o se rectificarán, según convenga, pero las mismas u otras que sean, procede que se adopten ya con carácter de estabilidad (lo que no quita para que puedan modificarse si es necesario) porque el litigio ha terminado y la nueva situación se presenta tan permanente (...) como la que existía cuando el matrimonio estaba unido y en buena armonía.

La sentencia firme acarrea ya definitivamente (...) la disolución, que pone fin al matrimonio (...), cesa el matrimonio (...), y, por tanto, cesa toda relación personal como cónyuges entre los interesados y se extingue el régimen de bienes que rigiese su matrimonio, disolviéndose y liquidándose la sociedad económica conyugal (...).

Pero, tanta importancia como eso visto, que se produce por acabar el matrimonio(...), tiene también otro tema que va unido a aquél, y que puesto que arranca asimismo de la sentencia de (...) divorcio, debe de establecerse en ésta la solución del mismo, en tanto en cuanto no esté ya ofrecida por la ley: es el tema de la nueva situación de los (...) excónyuges y de los hijos, porque éstos siguen siendo tan hijos como antes, y aquéllos no se puede decir que como ya no son cónyuges (...), que cada uno se las arregle como le quepa con su trabajo y los bienes,

³⁵⁰ *Ibidem*, págs. 328-329

si es que los hay, que hayan podido tocarle en la liquidación de la sociedad económica conyugal. De manera que hasta cabría afirmar que de cierto modo es más problema importante de la sentencia (...) ocuparse (...) de regular cómo se va a proveer en lo relativo a los hijos y a los (...) exesposos y al sostenimiento y atenciones de unos y otros, porque si bien es exacto que con la obtención de la sentencia lo que se persigue no es crear este problema, sino conseguir (...) (el) divorcio, sin embargo, no lo es menos que (...) (decretado éste), el tal problema se plantea.

Hay dos órdenes de remedios para resolverlos: Uno, lo que manda la ley sobre los efectos de la sentencia respecto a las personas de los interesados, de los hijos y de los bienes; otro, las medidas que permite disponer al Juez en relación con esos temas.

(...) Tales medidas pueden ser confirmatorias o sustitutorias de las adoptadas al ser admitida la demanda (...). Y se aspira con esas medidas a dejar resuelto el asunto tal como las partes interesadas tuviesen acordado desde antes en el denominado (...) 'convenio regulador', si es que existía, aprobado por el Juez, y, en su defecto, o en suplencia de lo que no previese o no hubiese merecido la aprobación judicial, con la adopción de otras determinaciones que el Juez decida a tenor de lo que la ley establece. Y cualquiera que sea el tipo de las medidas acordadas, cabrá su revisión según lo que la propia sentencia disponga o a petición de los interesados cuando queden desajustadas a causa de nuevas circunstancias sobrevenidas». ³⁵¹

Acerca del fin del proceso de divorcio por causal, por la emisión de sentencia definitiva, se tiene en cuenta que esta disuelve el vínculo matrimonial, cesando así la separación definitiva de quienes fueron consortes, esta misma se pronuncia entre la culpabilidad de uno de los cónyuges, así como la inocencia del otro; esta emisión de la sentencia, debe ser anotada en los registros civiles, para que se efectivice conforme lo ordena el juez de la instancia correspondiente, y así los conyuges cambien su estado civil de casados a divorciados.

Otro aspecto fundamental al que refiere la sentencia definitiva de divorcio por causal, además de señalar la culpabilidad de uno de los cónyuges,

³⁵¹ *Ibidem*, págs. 329-330

también se refiere acerca de la separación de patrimonios (liquidación de la sociedad conyugal); entiéndase que por una parte el cónyuge culpable de divorcio, se ve más perjudicado en el aspecto patrimonial, pues esto es a causa de la reparación civil (honor del cónyuge inocente y otros daños ocasionados), según la casuística, enumera por lo general una remuneración pecuniaria. Así también tenemos que esta misma sentencia de divorcio por causal, también se pronuncia sobre la patria potestad, régimen de visitas, alimentos, entre otros aspectos consustanciales como el trato con los menores hijos, la manera de ofrecer los alimentos, esto siempre y cuando los hubiere al momento de producirse el divorcio.

2) Hechos a considerar en la sentencia de divorcio

Sobre el particular, Belluscio anota lo siguiente:

«... Una cuestión que ha motivado controversia es la determinación de si es o no posible decretar el divorcio sobre la base de hechos que no fueron invocados en la demanda ni alegados en la oportunidad procesal correspondiente como hechos nuevos, pero que surgen de la prueba producida.

Una importante corriente jurisprudencial y doctrinal sostuvo que en los juicios de divorcio –por la naturaleza de las cuestiones que se debaten y por ser su materia de orden público– no es posible aplicar estrictamente las normas procesales ni rigen en toda su amplitud los principios de litiscontestación; como consecuencia de ello, cabría decretar el divorcio por hechos no alegados en la demanda, o en la reconvenición en su caso, ni como hechos nuevos, pero que resultan de la prueba (...).

Otra tesis entiende que el hecho de que la materia sea de orden público no justifica la alteración del régimen procesal en el juicio de divorcio, régimen que también es de orden público, puesto que fue instituido para garantizar la defensa en juicio. (...) (Su) doctrina expresa que 'no es posible decretar el divorcio sobre la base de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en los escritos de demanda y reconvenición ni invocados como hechos nuevos' (...). Es la tesis correcta, pues el hecho de que el interés público esté afectado en los juicios de divorcio no puede

implicar que se dejen de lado principios procesales destinados a hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio y cuya aplicación es imprescindible para satisfacerla; la producción de prueba sobre un hecho sin dar ocasión a la contraparte de presentar a su vez la prueba de descargo (...) no sólo viola los deberes procesales de lealtad, probidad y buena fe (...), sino que elimina la igualdad de los litigantes, pues si el hecho no es invocado oportunamente, el acusado no puede prever la necesidad de ofrecer la contraprueba.

Pero esa solución no implica que sea indispensable especificar en la demanda todos y cada uno de los hechos comprendidos en la causal que se invoca, llegando a la minucia en su narración; basta que se citen algunos como ejemplo y guía de la conducta imputada, pero no pueden omitirse los de cierta gravedad o fisonomía especial, sobre todo si pueden configurar una causal independiente».³⁵²

Borda señala al respecto que:

«... El problema de si el juez puede o no tomar en cuenta hechos o causales que resultaron probados en el expediente pero que no fueron invocados en la demanda o la reconvención, dio lugar a una jurisprudencia confusa y contradictoria. Finalmente (...) (se) sentó la buena doctrina al (disponerse) (...) que 'no es posible decretar el divorcio en base a la prueba de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en los escritos de demanda y reconvención, ni invocados como hechos nuevos'.

Esta regla exige algunas aclaraciones: 1) la regla sentada no quiere decir que sea indispensable especificar todos y cada uno de los hechos comprendidos en la causal invocada, pues bastaría que se citen algunos a título de ejemplo y que sirvan de guía para valorar la conducta imputada al otro cónyuge; 2) Si a través de las declaraciones de testigos o de otra prueba surge la existencia de una causal desconocida y por eso no invocada oportunamente por la parte, ésta debe alegarla como hecho nuevo, siguiendo el procedimiento establecido para este caso; 3) La calificación de la causal hecha por las partes no tiene importancia

³⁵² Citado por: Hinojosa Mínguez, Alberto (2016), op. cit., págs. 330-331

decisiva; puede haberse invocado sevicias y probado sólo injurias; el juez debe hacer lugar al divorcio por esta causal». ³⁵³

El referido tratadista argentino (Borda) apunta, además, lo siguiente:

«... Es un principio elemental de derecho procesal que la prueba no puede versar sino sobre los hechos articulados en la demanda y contestación (...).

Pero el principio, que en su aplicación general no puede ser controvertido, presenta algunas dificultades en materia de divorcio (...). Se hace difícil y estrictamente resulta innecesario hacer en la demanda y contestación una relación prolijísima de todos los incidentes y minucias que van configurando un estado de ánimo, una injuria; pero todo ello puede ir surgiendo espontáneamente de las declaraciones de los testigos o de otras pruebas. Incluso ocurre que los testigos afirman la existencia de hecho que la misma parte ignoraba. ¿Puede el Juez tenerlos en consideración en su sentencia?

(...) (Se) sentó el principio de que no es posible decretar el divorcio en base a la prueba de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en los escritos de demanda y reconvención, ni invocados como hechos nuevos. Pero este principio exige algunas aclaraciones (...): 1) La regla sentada no quiere decir que sea necesario especificar todos y cada uno de los hechos comprendidos en la causal invocada, pues bastará que se citen algunos a título de ejemplo; exige, en cambio, que sean articulados todos los hechos que revisten peculiar importancia; 2) Si a través de las declaraciones de los testigos o de otros medios de prueba surge la existencia de una causal desconocida y por eso no invocada oportunamente por la parte, ésta debe ser alegada como hecho nuevo (...);

3) La calificación hecha por las partes de la causal en que fundan la demanda, no tiene importancia decisiva: pueden haberse invocado sevicias y existir sólo injurias; el Juez naturalmente debe hacer lugar al divorcio por esta causal no invocada, o mejor dicho, erróneamente

³⁵³ Ídem.

calificada. Lo que se quiere evitar es que la demanda se funde, por ejemplo, en el abandono y que luego se pretenda probar el adulterio». ³⁵⁴

Los hechos a considerar en la sentencia de divorcio, son según los maestros Borda y Belluscio, aquellos hechos inducidos como nuevos, que en un comienzo no habían sido presentados en la demanda, pero surgieron del razonamiento y esclarecimiento de la exposición de los hechos en el proceso de divorcio (por causal); esto atendiendo a una corriente doctrinal, pues no se puede resolver el divorcio por hechos nuevos no alegados procesalmente, pues conocido que el proceso de divorcio es de orden público, y por tal razón, es derecho de la otra parte, que los hechos se resuelvan conforme se presentaron en el derecho de acción de la otra parte.

Pero por otra parte, tenemos que es una función del juez, adecuar la demanda a los hechos, pues al momento de valorar la misma, tiene que resolver de forma, que utilice sus amplios conocimientos, real saber y entender, y sobre todo respetando los derechos de las partes y los principios generales del proceso; es así que puede resolver: de acuerdo a lo pedido por la parte, menos de lo pedido por la parte y más allá de lo pedido por la parte demandante (citra petita, extra petita y ultra petita).

Como ejemplo podemos encontrar en la amplia y frondosa casuística, donde en la demanda se incoa la violencia psicológica, pero en el desarrollo del proceso se pruebe que hubo también violencia física, hasta el atentado contra la vida del cónyuge; del mismo modo como proponemos, que pudiera existir adulterio, al comprobarse que hubo contagio de alguna enfermedad de transmisión sexual, y más aún si son aquellas enfermedades, en cuyo tenor, es muy difícil el tratamiento, como lo es la sífilis, que como es sabido, "es una enfermedad que la mujer la tiene y el hombre la padece", y así entre otros variados casos.

Entonces como afirman los autores, y ponen en el limbo, ¿si es que el juez puede o no apreciar hechos nuevos o no? O ten todo caso solo resolver de acuerdo a los hechos presentados en la demanda y la contestación respectiva y oportuna, en todo caso somos de la corriente, que el proceso debe revestir la verdad y la justicia, y por tanto el juez, en

³⁵⁴ *Ibidem*, págs. 331-332

su deber debe adecuar el proceso de acuerdo a los hechos presentados, conjuntamente con la prueba que de fe de ellos, esto presentado oportunamente.

3) Facultad judicial de declarar la separación de cuerpos en vez del divorcio

Alberto Hinostraza Mínguez,³⁵⁵ acerca de oponer la separación de cuerpos al divorcio, según las facultades e interpretación del Juez en el proceso de divorcio por causal, comenta lo siguiente:

Con arreglo a lo previsto en el artículo 358 del Código Civil, aunque la demanda o la reconvenición tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien. La referida norma legal establece así una salvedad al principio de congruencia procesal que prohíbe al Juez, entre otras decisiones, resolver en forma extrapetita, lo que acontece cuando el pronunciamiento judicial versa acerca de cuestión extraña a las pretensiones de los sujetos procesales, vale decir, cuando alguna de las pretensiones planteadas por aquéllos (como es la de divorcio, circunscribiéndonos al caso particular) es sustituida por otra (como es la de separación de cuerpos, centrándonos en el caso particular) que no ha sido invocada en el proceso por las partes.

El artículo 358 del Código Civil se basa en la incuestionable importancia que tiene el matrimonio en la sociedad y en la necesidad de conservar, en la medida de lo posible, el vínculo matrimonial, a fin de evitar las terribles consecuencias que conlleva la disolución de dicho vínculo tanto para los hijos como para los mismos cónyuges. El indicado precepto legal está dirigido, pues, a favorecer la reconciliación entre los cónyuges, y ésta es factible si sólo se declara la separación de cuerpos en vez de una situación definitiva como es el divorcio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República se ha pronunciado de esta manera: «... La norma antes citada (art. 358 del C.C.) establece que aunque en (sic) la demanda o la reconvenición tenga

³⁵⁵ Hinostraza Mínguez, Alberto (2016), op. cit., págs. 332-333

por objeto el divorcio, el Juez sólo puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien, empero en la presente causa el demandante no ha probado los hechos que alega para la obtención del divorcio; (...) al no haberse (sic) probado el actor su pretensión, no puede disponerse la separación de los cónyuges, máxime aún que no fue solicitada» (Casación Nro. 454-96/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-12-1996, págs. 2593- 2594).

Como es sabido, de acuerdo a lo que la norma prescribe o esta expresado, primeramente debe resolverse la separación de cuerpos (poner fin a la cohabitación entre los cónyuges), y luego el divorcio (de acuerdo a lo demandado puede ser divorcio por causal).

La facultad del juez de determinar la separación de cuerpos, atiende a una posibilidad de reconciliación de los cónyuges, es decir la realización al perdón entre los mismos, y la apertura a la comunicación; entonces se entiende, que tal decisión del juez es una medida a preservar la familia como núcleo central de la sociedad, luego de no poder lograr la reconciliación, el proceso de divorcio por causal, previamente demandado, debe resolver de forma definitiva la separación de los cónyuges, poniendo fin así a las desavenencias y conflictos generados insufribles.

Pero contrario a la posición planteado por Hinostroza Minguez, el divorcio debe resolver primigeniamente, dejando de lado la separación de cuerpos, pues el separar los cuerpos, de acuerdo al proceso, atendiendo los plazos, y más aún la causal invocada, lo hace más insufrible la separación.

4) Consulta de la sentencia de divorcio

Hinostroza Minguez,³⁵⁶ en referencia la consulta de la sentencia de divorcio por causal, anota lo siguiente:

En principio, cabe señalar que la consulta es un instrumento procesal de control de resoluciones judiciales por el cual la instancia superior conoce en ciertos casos expresamente contemplados en la ley lo resuelto por el inferior jerárquico, que no ha sido objeto de impugnación por parte de los

³⁵⁶ Hinostroza Minguez, Alberto (2016), op. cit., págs. 33-335

justiciables o sus representantes. Para tal efecto son elevados los autos de oficio por el Juez a quo.

La consulta constituye un trámite obligatorio en los supuestos que determina el ordenamiento jurídico y está dirigida a desterrar la posibilidad del error judicial, que resultaría significativa si la cuestión litigiosa se debatiera en una sola instancia. Opera en situaciones sumamente relevantes (como cuando se aplican normas de rango constitucional) o en procesos en los que puede producirse indefensión u otra situación grave para los intereses de alguna de las partes.

La consulta es una institución de orden público (y, por tanto, irrenunciable) por cuanto resulta un imperativo para el Juez a quo (quien se encuentra obligado a elevar los actuados al superior en grado) en las hipótesis legales que la contemplan. La consulta confiere al Juez *ad quem* competencia para conocer de la resolución que se pronuncia sobre el asunto controvertido, pese a no existir iniciativa de parte (comúnmente necesaria para determinar la competencia del superior jerárquico).

Según se colige del artículo 408 del Código Procesal Civil, la consulta es procedente contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son objeto de apelación:

- La resolución judicial que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador (no así la que declara infundada o improcedente la demanda de interdicción).
- La decisión final recaída en un proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal (en los casos a que se contrae el artículo 61 del C.P.C., que trata, precisamente, sobre la curadoría procesal).
- La resolución en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria (supuestamente incompatible con la primera).
- La resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional (en cuyo caso resulta competente para conocer de la consulta la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema).

— Las demás resoluciones que la ley señala.

El artículo 409 del Código Procesal Civil regula el trámite de la consulta de esta manera:

«Cuando proceda la consulta, el expediente es elevado de oficio.

El Auxiliar jurisdiccional enviará el expediente al superior dentro de cinco días, bajo responsabilidad.

La resolución definitiva se expedirá dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa. No procede el pedido de informe oral.

Durante la tramitación de la consulta, los efectos de la resolución quedan suspendidos».

Ahora bien, lo concerniente a la consulta de la sentencia de divorcio se halla contemplado en el artículo 359 del Código Civil, según el cual, 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.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la consulta de la sentencia de divorcio, ha establecido lo siguiente:

— «... Los autos deben elevarse en consulta al Superior (de no apelarse la sentencia que declara el divorcio), tal como la norma antes acotada (art. 359 del C.C.) indica, debiéndose advertir que esta consulta responde al acatamiento de una norma de carácter imperativo que no persigue la absolución del grado porque no hay grado que absolver sino simplemente su examen o conformidad con lo resuelto por el Juez inferior» (Casación Nro. 230-96/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12-05-1998, pág. 1008).

— «... El Artículo trescientos cincuentinueve del Código Civil dispone que si no se apela de la sentencia que declara el divorcio será consultada. (...) Que, esa es la situación del proceso, porque al no ser apelada la sentencia que declaró fundada la demanda de

divorcio se elevó en consulta al superior. (...) Que, a pesar de ello la Sala Civil que conoció la consulta, desnaturalizando el proceso consideró que se trataba de una apelación y resolvió como tal, revocó la apelada y reformándola declaró infundada la demanda» (Casación Nro. 3154-98/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-09-1999, págs. 3567-3568).

— <<... *La reformatio in peius* es una locución latina, que se traduce como 'reformular en peor' o 'reformular en perjuicio'. La expresión se utiliza cuando, tras un recurso de apelación, el órgano jurisdiccional revisor dicta la sentencia resolviendo la causa modificando en perjuicio del recurrente los términos en que fue dictada la primera sentencia. Empero esta regla no es aplicable en los procesos de divorcio, por aplicación del instituto de la 'consulta' que permite al superior revisar lo resuelto aun cuando no medie apelación. Y si bien este proceso no fue elevado en consulta, sino por apelación del actor, el Colegiado Superior procedió [modificando la resolución impugnada en perjuicio del recurrente] en ejercicio de sus funciones...» (Casación Nro. 633-2008/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, pág. 22966).

5) Momento en que surte efecto la sentencia de divorcio

Para Albaladejo, «el divorcio tiene lugar en virtud de la sentencia firme que lo decide, y desde ella, con efectos *ex nunc*. Las causas de divorcio (...) son sólo el fundamento para pedirlo, pero únicamente se produce la disolución del matrimonio cuando alcanza firmeza la sentencia que acogiendo la causa de divorcio que se haya invocado, falla que éste es procedente...».³⁵⁷

Según Enneccerus, Kipp y Wolff:

«... El divorcio tiene efecto:

1. No al dictarse la sentencia, sino al ser firme ésta.

³⁵⁷ Citado por: Hinojosa Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 335

(...)

2. Ya al ser firme la sentencia y no sólo con la inscripción del divorcio en el registro del estado civil...». ³⁵⁸

En opinión de Lehmann:

«Los efectos del divorcio se producen una vez que la sentencia es firme, mas no de modo inmediato. La anotación marginal del divorcio en el Libro de familia (...) produce solamente efectos de publicidad. Se trata, pues, de una sentencia de transformación, que disuelve el matrimonio para el futuro y carece de efecto retroactivo (...).

(...)

Con la firmeza de la sentencia desaparecen, en principio, los efectos del matrimonio: queda suprimida la comunidad conyugal, lo mismo que el régimen de bienes; la mujer pierde el domicilio del marido; los cónyuges pueden volver a contraer matrimonio, incluso con el divorciado». ³⁵⁹

Sobre el particular, Bonnacase refiere que «... debe transcribirse esta sentencia (de divorcio) al margen el acta de matrimonio. Por último, y esto es lo esencial, la parte resolutive de la sentencia que pronuncie el divorcio, debe transcribirse en los registros del estado civil del lugar de celebración del matrimonio. (...) La transcripción solamente tiene por objeto una función de publicidad (...). El matrimonio es disuelto por la resolución judicial, la transcripción únicamente hace pública la disolución. En consecuencia, respecto a los esposos, el matrimonio se disuelve al dictarse la sentencia, por lo que se refiere a sus relaciones personales. Respecto a las consecuencias de orden pecuniario (...) el divorcio se retrotrae al día de la demanda. Sea lo que fuere, respecto de los terceros, el divorcio (...) no produce efectos sino desde el día de la transcripción. (...) Sólo desde el punto de vista patrimonial la transcripción es el punto de partida de los efectos del divorcio, respecto a los terceros; prácticamente con relación a éstos, se considera que el régimen

³⁵⁸ Ídem.

³⁵⁹ Ídem.

matrimonial de los esposos funciona normalmente hasta la transcripción». ³⁶⁰

Ripert y Boulanger anotan sobre el tema que:

«... La línea divisoria entre el matrimonio y el estado de libertad que le sigue, debería ser neta; se produce una ruptura brusca en el momento en que se opera el divorcio; todos los efectos del matrimonio deberán durar hasta ese momento y cesarán de allí en adelante.

Las soluciones del derecho positivo son más complejas: como regla general, el divorcio surte efecto a partir del día en que la sentencia o el fallo que lo pronuncian es definitivo, pero por una parte sus efectos remontan en el pasado hasta el día de la demanda, en lo que concierne a las relaciones pecuniarias entre los esposos (...); por otra parte, solo puede ser opuesto a los terceros (...) a partir del día de la transcripción. Es por esto que se puede hablar del 'triple momento' del divorcio...». ³⁶¹

Los mencionados tratadistas terminan señalando lo siguiente:

«... La transcripción del divorcio en los registros del estado civil no es más que una medida de publicidad. La disolución del matrimonio resulta de la sentencia definitiva que lo pronuncia y se produce el día en que esta decisión se hace definitiva. Sin embargo, (...) el divorcio solo produce efectos respecto de los terceros a partir del día de la transcripción. Esta es una medida de protección para ellos a fin de que no se vean perjudicados en sus intereses pecuniarios.

Esa distinción hecha por la ley entre las partes y los terceros, no es feliz. Es admitida (...) para las consecuencias pecuniarias de un acto jurídico, pero la sentencia de divorcio crea para la persona un nuevo estado que difícilmente puede ser dividido: no puede admitirse entonces que hasta la transcripción se tenga como no producido el divorcio respecto de los terceros y que éstos no puedan, si tienen interés, prevalerse de él. La fórmula legal debe interpretarse en un sentido que resulte exclusivamente favorable a los terceros: lo que significa que los esposos no pueden oponer su divorcio a los terceros, mientras no esté transcrito. Conviene

³⁶⁰ *Ibidem*, pág. 336

³⁶¹ *Ídem*.

además restringir la reserva de la ley a los efectos del régimen matrimonial...». ³⁶²

2.2.17.15. EFECTOS DEL DIVORCIO

Generalidades

Para Carbonnier, «la sentencia de divorcio produce un doble efecto en cuanto que no solamente disuelve el vínculo matrimonial sino que también señala las consecuencias de la culpabilidad o inocencia de los contendientes». ³⁶³

Puig Peña asegura que son efectos del divorcio «... la extinción de todos los derechos y obligaciones que emanen del vínculo conyugal (pérdida de honores, extinción de los deberes de fidelidad, obediencia y respeto...) y la libertad de los cónyuges para contraer nuevo matrimonio...». ³⁶⁴

Azula Camacho apunta que:

«Además de los efectos que determinan los diferentes aspectos que constituyen objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia (de divorcio), como es lo concerniente a que los cónyuges pierden esa calidad, lo relativo a la patria potestad y guarda de los hijos, los alimentos, etc., la ley ha establecido otros que, aun cuando no constituyen materia de consideración en esa providencia, sí son resultado de ella, particularmente de la declaración de divorcio, a saber:

- A. (...) El cónyuge inocente puede revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiese hecho al culpable, sin que este pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en las capitulaciones matrimoniales (...).

(...)

³⁶² Ídem.

³⁶³ Ibídem, pág. 337

³⁶⁴ Ídem.

B. Ninguno de los divorciados tiene derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar *ab intestato* en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal...». ³⁶⁵

Borda estima que son efectos del divorcio vincular los que enuncia a continuación: «a) Cesan todos los derechos y deberes recíprocos, en particular el de asistencia y fidelidad, con la excepción de la obligación alimentaria, que subsiste siempre que el alimentado no sea quien ha pedido la disolución del vínculo o no haya aprovechado la disolución pedida por el otro para contraer también él nuevas nupcias; b) Cualquiera de los cónyuges, aunque sea el único culpable del divorcio y aunque no haya pedido él la disolución, puede contraer nuevas nupcias una vez que la disolución fue decretada; c) En lo que atañe a los derechos hereditarios, la situación es la siguiente: sólo el cónyuge inocente del divorcio de personas conserva la vocación hereditaria, vocación que no se ve afectada por la ulterior disolución del vínculo, a menos que haya pedido la disolución o haya aprovechado de la disolución solicitada por el otro para contraer nuevas nupcias; d) En cuanto al nombre, la mujer *divorciada ad vinculum* pierde (...) el apellido del marido». ³⁶⁶

Azpiri, en lo relativo a los efectos del divorcio, afirma que:

«... El vínculo matrimonial se disuelve (...) por sentencia de divorcio vincular (...). Esto significa que los hasta entonces cónyuges, luego de la sentencia, quedan emplazados en el estado de divorciados vincularmente y, como consecuencia de ello, se extinguen todos los efectos del matrimonio, salvo los que expresamente la ley reconoce como subsistentes.

(...)

Una de las consecuencias del fin del matrimonio es la recuperación de la aptitud nupcial, ya que no subsiste el matrimonio anterior, que es el impedimento establecido (...) para contraer un nuevo vínculo.

(...)

³⁶⁵ Ídem.

³⁶⁶ *Ibidem*, págs. 337-338

(...) La sentencia de divorcio vincular hace cesar totalmente la vocación hereditaria entre los cónyuges (...).

(...)

Cuando la mujer hubiere optado por utilizar el apellido del marido pierde este derecho luego de la sentencia de divorcio vincular.

Sin embargo, esta regla no es absoluta, porque (...) (se) permite que la esposa continúe con su utilización si hay acuerdo entre los esposos o ella solicitare conservarlo para el ejercicio de su industria, comercio o profesión cuando fuese conocida de dicha manera en esa actividad».³⁶⁷

Bossert y Zannoni, sobre el objeto de nuestro estudio, hacen estas aseveraciones:

«... El efecto primordial del divorcio vincular es que los cónyuges recuperan su aptitud nupcial (...). De tal modo, decretado por sentencia el divorcio vincular, cualquiera de los cónyuges puede contraer nuevo matrimonio inmediatamente, sin perjuicio de los deberes que mantiene en materia asistencial respecto de su ex cónyuge y, en todo caso, respecto de los hijos.

(...) En virtud del divorcio vincular, cesará la vocación hereditaria recíproca (...).

Ello se funda en que la inexistencia del vínculo conyugal priva de fundamento al llamamiento hereditario (...).

(...)

(...) Si la mujer hubiera optado por usar el apellido del marido, decretado el divorcio, perderá tal derecho. Esta solución (...) parece razonable, puesto que se ha extinguido el vínculo matrimonial y por ende, la utilización del apellido del marido, que denota estado civil resulta injustificado. Sin embargo, los ex cónyuges podrían, por acuerdo expreso aceptar que la mujer continuase usando ese apellido.

³⁶⁷ Ídem.

En caso de que la mujer, en el ejercicio de su industria, comercio o profesión, fuese conocida por aquél, si solicita conservarlo para sus actividades podrá ser autorizada para ello, aunque no cuente con la conformidad del marido. En este caso se tratará sólo del uso del apellido del marido para las actividades públicas, como lo son el ejercicio de la industria, comercio o profesión, pero no a los efectos de la documentación personal en la que, necesariamente, volverá a serle extendida con el apellido de soltera.

(...) Aun cuando la reconciliación que hubiere sobrevenido durante el juicio de divorcio fuera operante (...) si ella se produce luego de dictada la sentencia de divorcio vincular que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, es menester que los ex cónyuges celebren un nuevo matrimonio». ³⁶⁸

Lo atinente a los efectos del divorcio es tratado por Enneccerus, Kipp y Wolff del modo que se reproduce a continuación:

«... Mientras la declaración de nulidad del matrimonio lo aniquila retroactivamente, el divorcio produce su disolución para lo futuro, sin que desaparezcan retroactivamente los efectos que el matrimonio ha producido mientras subsistía.

Así desde que es firme la sentencia de divorcio, la mujer pierde el domicilio de su marido. Cesan los deberes de convivencia (...). El cónyuge divorciado no tiene frente al otro derecho de sucesión legal ni legítima (...). Cada uno de los divorciados puede volver a casarse.

Si mediaba alguna comunidad de derechos entre los cónyuges, cualquiera de ellos tiene la facultad de extinguirla (...).

(...)

(...) A pesar de la disolución del matrimonio, los cónyuges siguen teniendo derecho a denegar el testimonio en juicio civil o criminal (...) subsisten las afinidades constituidas por el matrimonio (...) pero no pueden constituirse otras nuevas (...).

³⁶⁸ *Ibidem*, págs. 338-339

(...) Los cónyuges continúan obligados, dentro de ciertos límites, a prestarse alimentos (...).

(...) Si ambos cónyuges han sido declarados culpables, no tienen deber alguno de alimentarse.

(...) Si una de las partes ha sido declarada único culpable, tendrá que prestar a la inocente los alimentos proporcionados a su estado (...).

(...)

(...) Las donaciones de un cónyuge al otro durante el matrimonio o el noviazgo quedan en vigor si ambos son declarados culpables del divorcio o si (...) no lo es ninguno de ellos. Por el contrario, si se declara culpable a uno solo, el inocente puede revocar (...) las donaciones hechas por él, siempre que vivan ambos (...).

(...)

(...) Si hay hijos del matrimonio divorciado, el padre queda, en principio, obligado a alimentarlos. Más bien la madre, independientemente de si ha sido declarada o no culpable, está obligada a una contribución adecuada a los alimentos, ya sea concediéndosela al marido (...), ya invirtiéndola ella misma en la alimentación del hijo...». ³⁶⁹

Lagomarsino y Uriarte anotan que son efectos comunes del divorcio vincular y de la separación personal los que indican seguidamente:

- 1) «Derecho de los cónyuges divorciados a fijar libremente su domicilio o residencia;
- 2) destino maternal de la tenencia de los hijos menores de cinco años de padres divorciados, y determinación de los progenitores que tendrán a su cargo a los hijos mayores de esa edad; derecho a alimentos de parte del ex cónyuge que no hubiera dado motivo al divorcio fundado en las causales culpables;
- 3) fijación de alimentos en favor del ex cónyuge enfermo (...);

³⁶⁹ *Ibidem*, págs. 339-340

- 4) transmisión de la cuota alimentaria a los herederos y legatarios del alimentante en favor del ex cónyuge enfermo;
- 5) extensión del deber alimentario para los ex cónyuges, culpables o no, que carecieren de medios suficientes y de la posibilidad de procurárselos;
- 6) cesación de la obligación alimentaria por concubinato o injurias graves contra el alimentante;
- 7) protección de la vivienda sede del hogar conyugal con motivo de la liquidación del inmueble ganancial o por desocupación del inmueble propio del otro ex cónyuge;
- 8) revocación de las donaciones que el ex esposo hubiera hecho a su mujer como objeto de una convención matrimonial.

Otras consecuencias comunes con el instituto de la separación personal son las derivadas de la disolución de la sociedad conyugal y de los efectos generados por el divorcio en sí o por los hechos constitutivos de las causales que le hubieran dado lugar. En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, (...) la sentencia de divorcio vincular produce la extinción de aquélla con retroactividad al día de la notificación de la demanda o a la presentación conjunta, en los casos de haberse promovido la acción por vía del proceso contencioso o por culpa de ambos, respectivamente. A su vez, en materia de responsabilidad civil son fuente de reparación matrimonial entre cónyuges los daños y perjuicios...». ³⁷⁰

Lagomarsino y Uriarte enseñan que son efectos propios o exclusivos del divorcio vincular los que explican a continuación:

- 1) «Disolución del vínculo matrimonial. Constituye éste la característica más notoria del divorcio absoluto, junto a la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio por parte del divorciado que ha recuperado su habilidad nupcial (...).
- 2) Recuperación de la habilidad nupcial. Se encuentra asociada a la disolución del vínculo matrimonial, en orden a que no cabe suponer la

³⁷⁰ *Ibidem*, págs. 340-341

recuperación de la habilidad nupcial sin que se hubiese operado, previamente, la extinción del vínculo conyugal. En otros términos, el restablecimiento de la aptitud para contraer nuevas nupcias es una consecuencia de la disolución del vínculo.

- 3) Cesación de la obligación alimentaria por la celebración de nuevas nupcias. (...) (Se) dispone la cesación del derecho a recibir los alimentos (...) en los siguientes supuestos: 1) celebración de nuevas nupcias por parte del cónyuge alimentario; 2) vivir éste en concubinato, y 3) incurrir en injurias graves contra el cónyuge alimentante. Los referidos motivos privan del derecho a alimentos al esposo que no hubiera dado lugar al divorcio (...), a quien padeciera alteraciones mentales graves, alcoholismo o drogadicción que le impidiera la convivencia con su cónyuge e hijos (...), y al esposo que careciera de los medios suficientes para su subsistencia y de la posibilidad de procurárselos, haya mediado o no declaración de culpabilidad en la sentencia (...).
- 4) Cesación del derecho hereditario. (...) En el ámbito del divorcio vincular están privados entre sí del llamamiento sucesorio los esposos divorciados en forma absoluta, o que hubieran convertido en divorcio vincular su separación personal». ³⁷¹

A decir de Ripert y Boulanger, «... los efectos del divorcio son numerosos, pero se relacionan muy naturalmente con las dos ideas rectoras que exponemos a continuación: 1º el divorcio acarrea la disolución del matrimonio; 2º se pronuncia como consecuencia de una falta grave que requiere y justifica la aplicación de sanciones contra el esposo culpable». ³⁷² Los citados tratadistas, acerca de las consecuencias del divorcio referidas a la disolución del matrimonio, consideran que son las siguientes:

«... PERSISTENCIA DEL MATRIMONIO EN EL PASADO. El divorcio destruye el matrimonio, pero sin retroactividad y solamente para el futuro; el matrimonio de los esposos queda disuelto, no se aniquila con relación al pasado (...).

(...)

³⁷¹ Ídem.

³⁷² Ibídem, pág. 342

(...) SUPRESION DE SUS DEBERES Y OBLIGACIONES. Ambos esposos quedan libres y completamente independientes uno de otro (...).

Ninguno de los dos puede usar ya el apellido del otro; la mujer ya no puede llevar el apellido de su marido (...). Desaparecen todas sus obligaciones recíprocas y se desvanece el derecho que tenía cada uno de ellos de suceder al otro (...).

(...) POSIBILIDAD DE UN NUEVO MATRIMONIO. Cada uno de los esposos queda en libertad de contraer un nuevo matrimonio con otra persona. Sin embargo, se debe tener en cuenta el plazo (...) de viudez, que impide que la viuda vuelva a casarse inmediatamente, con el fin de evitar la confusión de sangre o *turbatio sanguinis* (...) y que se impone igualmente a la mujer divorciada (...).

(...)

(...) NUEVO MATRIMONIO ENTRE ESPOSOS DIVORCIADOS. (...) Se autorizó la reconstitución de la pareja divorciada.

Pero para restablecer su unión, no bastaría con una simple reconciliación de hecho. Esto bastaría para la separación de cuerpos, porque esa separación deja subsistente el matrimonio; pero el divorcio lo destruyó, por lo tanto se requiere una nueva celebración del matrimonio, y la nueva unión solo producirá efectos a partir de ese día, *sin retroactividad*».³⁷³

Ripert y Boulanger, en lo que atañe a los efectos del divorcio en relación a los hijos, expresan que:

«El divorcio de los padres origina numerosos problemas relativos a los hijos (...). Basta decir aquí que el divorcio deja subsistente la patria potestad, salvo el derecho de usufructo legal y que acarrea simplemente ciertas modificaciones en su ejercicio.

Con mayor razón, el divorcio deja intacta la legitimidad de los hijos con todas sus consecuencias (derecho de suceder a sus padres y a todos los miembros

³⁷³ Ídem.

de la familia, derecho a heredarse entre sí; obligación alimentaria recíproca entre ellos y sus padres)». ³⁷⁴

Ripert y Boulanger, en lo que toca a los efectos del divorcio representados por las sanciones que entraña contra el cónyuge culpable, predicán que:

«... La falta grave que un esposo cometió con respecto al otro y que justificó el divorcio, puede acarrear las siguientes sanciones:

- 1º. *La obligación para el esposo culpable de pasar al esposo inocente una pensión alimentaria (...) y llegado el caso, la obligación de pagar daños y perjuicios, en reparación del perjuicio sufrido (...);*
- 2º. *Restricciones en las prerrogativas que confiere la patria potestad y especialmente la pérdida del derecho pecuniario de usufructo legal (...);*
- 3º. *La pérdida de los beneficios derivados del régimen matrimonial...». ³⁷⁵*

Ripert y Boulanger, por último, en lo que respecta a los efectos del divorcio referidos a las sanciones que entraña en caso de culpa concurrente, nos informan que «... cuando siendo culpables ambos cónyuges, el divorcio se pronuncia a pedido de los dos, este sistema de sanciones se aplica a ambos, y por esta reciprocidad de tratamiento, se restablece la igualdad entre ambos. Ninguno tiene derecho a una pensión alimentaria; ambos pierden el derecho de usufructo legal y los beneficios derivados del régimen matrimonial». ³⁷⁶

A. EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACIÓN A LOS CÓNYUGES

En palabras de Suárez Franco, «... el divorcio vincular del matrimonio civil trae como consecuencia, tal vez la más importante, el rompimiento del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en libertad para volver a contraer matrimonio válido». ³⁷⁷

A criterio de Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez:

³⁷⁴ *Ibíd.*, pág. 343

³⁷⁵ *Ídem.*

³⁷⁶ *Ídem.*

³⁷⁷ Citado por: Hinostroza Mínguez, Alberto (2016), *op. cit.*, pág. 343

«... Respecto a los cónyuges, el efecto principal es el rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que determinan (sic -léase terminan-) las obligaciones derivadas del matrimonio. Así, ambos esposos quedan en libertad de contraer nuevas nupcias; el culpable no podrá hacerlo hasta después de transcurridos dos años de la sentencia de divorcio. Si la inocente es la mujer, deberá esperar 300 días desde la separación para contraer nuevas nupcias, para evitar la confusión de paternidad, a no ser que dé luz antes de ese plazo (...). El cónyuge culpable del divorcio deberá dar alimentos al inocente, teniendo en cuenta su situación económica y la posibilidad de trabajar de ambos (...).

(...)

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

(...) En el divorcio necesario se establecen los alimentos como sanción; (...) con el divorcio cesan las obligaciones conyugales, por lo que la única fundamentación de los alimentos entre los divorciados es la reparación del daño, originada por un acto ilícito». ³⁷⁸

Bonnecase, sobre los efectos del divorcio respecto de los esposos, manifiesta lo siguiente:

«... Es fácil enunciar su principio: todos los efectos del matrimonio desaparecen. Sin embargo, es un principio que requiere algunas aclaraciones: 1. (...) la mujer no puede contraer matrimonio sino después de haber transcurrido trescientos días cumplidos desde la disolución del matrimonio precedente (...); 2. (...) los efectos del divorcio se retrotraen al día de la demanda, entre los esposos, por lo que hace a sus intereses pecuniarios y (...) respecto al matrimonio mismo, es decir en cuanto a los intereses de carácter personal, sólo surte efectos desde el día de la sentencia. 3. Los esposos pueden casarse nuevamente entre sí, bajo la condición de una nueva celebración. 4. Puede derivarse todo un conjunto de penalidades y de pérdida de derechos para el culpable del divorcio: a) El cónyuge culpable puede ser condenado a pagar al otro daños y

³⁷⁸ *Ibidem*, págs. 343-344

perjuicios en la forma de una pensión alimenticia o de una suma determinada en atención al perjuicio experimentado por el esposo inocente, y no en atención a la idea de obligación de socorro, pues ésta ya no existe entre los esposos divorciados; b) la más grave penalidad que puede imponerse al esposo culpable es la (de que) (...) perderá todas las ventajas que el otro le hubiere concedido en el contrato de matrimonio o posteriormente (...). Este texto que sólo puede aplicarse tratándose de los regímenes matrimoniales, se refiere a las liberalidades propiamente dichas y a las ventajas matrimoniales...». ³⁷⁹

Gómez I Sinde sostiene que:

«El efecto principal que produce el divorcio respecto a los cónyuges es la disolución del vínculo matrimonial.

(...)

Esta disolución del vínculo sólo se produce cuando la sentencia de divorcio es firme, es decir, mediante resolución judicial que declare el divorcio.

(...)

La disolución del matrimonio, o sea, el divorcio, tiene efectos tanto frente al otro cónyuge como frente a terceros.

Frente al otro cónyuge, a partir de la firmeza de la resolución, cesan los derechos y deberes que el matrimonio impone: el deber de convivencia y de fidelidad; y, en cuanto a la obligación de socorrerse mutuamente, queda reducida al deber general de la protección del individuo hacia sus semejantes.

Permanece el deber de ayudarse mutuamente, si bien queda limitado a la cuantía de los alimentos, adaptándose en lo posible a las necesidades de quien los recibe y los medios de quien los da.

(...)

³⁷⁹ Ídem.

Frente a terceros, es decir, otras personas que no sean los cónyuges, el divorcio sólo produce efectos a partir de su inscripción en el Registro Civil.

(...)

Los cónyuges divorciados pueden contraer nuevo matrimonio, ya sea con un tercero, ya sea nuevamente entre ellos».³⁸⁰

Valencia Zea, en cuanto a los efectos del divorcio referidos al matrimonio y a la sociedad conyugal, formula estas observaciones:

«Ejecutoriada la sentencia de divorcio se producen como consecuencias necesarias la disolución del matrimonio y de la sociedad conyugal (...).

(...) La disolución del matrimonio se produce sin efecto retroactivo, lo que equivale a decir que cesa de existir para el futuro; los efectos producidos en el pasado subsisten en el sentido de que los divorciados fueron cónyuges hasta la sentencia de divorcio y los hijos comunes fueron y siguen siendo hijos legítimos.

Hombre y mujer pueden casarse de nuevo con persona diferente de su antiguo cónyuge; y si llegaren a arrepentirse del divorcio y quisiesen convivir de nuevo, necesitarán celebrar entre sí un nuevo matrimonio, pues de no hacerlo, así, su convivencia se interpretará como concubinato, y los hijos que tuvieren serán extramatrimoniales o naturales.

(...)

(...) La sentencia de divorcio implica disolución de la sociedad conyugal, pues está en ningún caso puede tener existencia al margen del matrimonio.

(...) A partir de la sentencia de divorcio, los cónyuges pierden esta calidad y no pueden alegarse para heredar abintestato en la sucesión del otro, ni para reclamar porción conyugal...».³⁸¹

³⁸⁰ *Ibidem*, págs. 344-345

³⁸¹ *Ídem*.

El indicado tratadista (Valencia Zea), en lo que toca al efecto del divorcio referido a la obligación alimentaria en favor del divorciado inocente, afirma que:

«... Se deben alimentos a la mujer o al hombre divorciados sin culpa, por parte de quien dio lugar al divorcio.

(...) El divorcio puede implicar para el cónyuge inocente una brusca alteración de su nivel de vida, y no es justo que se vea compelido a padecer penalidades en los casos en que él no dio lugar al divorcio.

(...) La pensión de alimentos que tiene derecho a reclamar el hombre o mujer divorciados (...) es consecuencia de una prolongación en el futuro de la obligación de socorro y ayuda (...); pero, desde otro punto de vista, no existe inconveniente de orden lógico en que la cuestionada pensión alimenticia tenga, en determinadas circunstancias, cierto carácter indemnizatorio...». ³⁸²

Valencia Zea, continuando con lo relativo al efecto del divorcio referido a la obligación alimentaria en favor del divorciado inocente, hace estas otras anotaciones:

«... Sólo el cónyuge que no haya dado lugar al divorcio tiene derecho a pedir alimentos. El cónyuge culpable jamás tiene tal derecho.

(...)

(...) ¿Debe existir el estado de necesidad de los alimentos en el momento de dictarse la sentencia de divorcio? (...) La doctrina no tiene por qué dar a la pensión en estudio carácter alguno indemnizatorio, sino solo el carácter (...) (de) obligación de socorro y ayuda, pero que prolonga sus efectos más allá del matrimonio. En efecto, las obligaciones alimenticias que existen entre parientes (...) se condicionan simplemente a la existencia de la necesidad del acreedor, la que puede presentarse en cualquier tiempo.

³⁸² *Ibíd.*, pág. 346

De lo expuesto se infiere que la demanda de alimentos puede instaurarse cuando aparezca el estado de necesidad del divorcio. Podrá pedirse con la misma demanda de divorcio; podrá después de dictada la sentencia (...).

(...) Los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

La pensión de alimentos está sujeta a extinguirse por las siguientes causas: a) por injuria atroz que cometa el acreedor contra el obligado (...); b) por la insolvencia en que pueda caer el obligado, pues desaparece la posibilidad de cumplir la obligación, y a lo imposible nadie es obligado; c) por la desaparición del estado de necesidad del acreedor (...); d) por el matrimonio del divorciado acreedor, lo cual es lógico, por cuanto reaparece de nuevo la obligación de socorro y ayuda mutua (...) entre el divorciado y el nuevo cónyuge.

(...) La cuantía de los alimentos se determina teniendo en cuenta las necesidades del divorciado inocente y las posibilidades económicas del obligado a prestarlos (...).

En general, los alimentos comprenden el suministro de los medios de subsistencia del alimentario. Entre estos medios se halla no solo lo relativo a la alimentación propiamente tal, habitación, vestuario, sino especialmente el pago de gastos médicos, drogas, clínicas, etc.». ³⁸³

Carbonnier, en lo atinente a la disolución del vínculo matrimonial como efecto del divorcio, formula estas observaciones:

«Este (...) efecto (disolución del vínculo matrimonial) se opera con entera independencia de la culpabilidad o la inocencia de los cónyuges, pues el esposo culpable queda tan libre (para volverse a casar) como el inocente.

El vínculo matrimonial se extingue para lo sucesivo, pero sin alcance retroactivo, pues, en lo que afecta al pasado, no puede negarse la

³⁸³ *Ibidem*, págs. 346-347

existencia de un matrimonio válido y no puede tampoco pretenderse que los cónyuges nunca hayan estado casados (...).

Los divorciados pierden su cualidad de cónyuges para el futuro, recobrando su independencia personal, cuya expresión más gráfica se opera con relación a la mujer que recupera el uso de su apellido (...).

El vínculo disuelto faculta a los divorciados para casarse de nuevo (...). Los ex-cónyuges pueden casarse de nuevo en el caso de que se arrepientan de su anterior decisión (...).

En el plano de las relaciones pecuniarias, la disolución del vínculo apareja la disolución del régimen de comunidad (...) y, en tesis general, la del sistema matrimonial de bienes. Los llamamientos sucesorios derivados de la relación interconyugal pierden toda su potencialidad (...), tanto respecto del cónyuge inocente como del esposo culpable, ya que dichos llamamientos vivían subordinados a la condición de cónyuges, bilateralmente desaparecida.

(...) La disolución del vínculo se opera el día en que se pronuncia la resolución judicial definitiva (...). Este alcance sólo es conectable, en la práctica, con los efectos personales en punto a la libertad de contraer nuevo matrimonio y la legitimidad de los hijos. Los efectos pecuniarios entre cónyuges (...) se reconducen al día de la interposición de la demanda, es decir al día de la citación ante el Tribunal; a partir de esta fecha se entiende disuelta la comunidad (...). Respecto de terceras personas, los efectos patrimoniales se remiten a la fecha de la transcripción (...) en cuanto medida de publicidad».³⁸⁴

Carbonnier, en lo que concierne a la obligación alimenticia como efecto del divorcio referido a las relaciones de los cónyuges entre sí, hace estos apuntes iniciales:

«... Lo lógico sería que, una vez disuelto el matrimonio, no subsistiese ninguno de los aspectos del deber de auxilio, pese a lo cual (...) hay que reconocer la supervivencia del vínculo en cierto sentido, por cuanto que, en su día, el matrimonio se contrajo a través de un compromiso moral intencionalmente perpetuo y el

³⁸⁴ Ídem.

marido tomó a su cargo el deber vitalicio de proteger a la mujer contra la miseria. El Derecho se sirve de esta base, éticamente articulada, para prolongar el deber de auxilio a través de la obligación alimenticia subsiguiente al divorcio. El cónyuge necesitado sólo puede alegar su derecho a la pensión cuando se le haya declarado inocente (pues la deuda viene a configurarse, correlativamente, como una carga impuesta al culpable).

(...)

(...) Nos hallamos ante una derivación del deber de auxilio (...). Por otra parte, y al aclarar que la pensión corresponde al cónyuge inocente, parece que se conecta la deuda con la falta del cónyuge culpable y se le imputa carácter indemnizatorio (...).

La opinión más generalizada combina ambas concepciones, concibiendo la pensión alimenticia subsiguiente al divorcio como un instituto bifronte, con cometido de auxilio y resarcimiento. Hablando con mayor rigor, puede decirse que se trata de una indemnización por carencia de recursos, pues, de no haberse producido el divorcio, el cónyuge necesitado hubiera dispuesto de aquéllos hasta la disolución del matrimonio. La prematura cesación del deber de auxilio le irroga un perjuicio material imputable al culpable que ha dado lugar al divorcio merced a las infracciones cometidas...».³⁸⁵

Carbonnier, prosiguiendo con el estudio de la obligación alimenticia como efecto del divorcio referido a las relaciones de los cónyuges entre sí, predica que tal obligación reviste los caracteres que describe seguidamente:

1º. «Carácter indemnizatorio (...).

El cónyuge inocente es el único que puede aspirar a percibir dicha pensión (...) (cuando el divorcio sea coculpable ninguno de ellos tiene derecho al crédito alimenticio).

(...)

³⁸⁵ *Ibidem*, pág. 348

2º. Carácter alimenticio. (...) La pensión subsiguiente a la declaración de divorcio queda sujeta a un régimen que, en muchos aspectos, no difiere de la disciplina general de la deuda alimenticia.

En primer lugar, se requiere, para su concesión, que el cónyuge inocente se halle necesitado (...) y que el cónyuge culpable disponga de los oportunos recursos (...).

(...)

La pensión es esencialmente variable y puede ser incrementada, reducida e incluso suprimida en virtud de la revisión hecha por el Juez que la hubiese concedido y que puede ajustar su cuantía a las oscilaciones de las disponibilidades y exigencias de deudor y acreedor respectivamente (...).

(...)

3º. Carácter limitativo, de cuota. (...) Este aspecto se relaciona con el principio (...) con arreglo al cual, la pensión no podrá exceder de la tercera parte de los frutos y rentas del cónyuge culpable. De ello se desprende una doble consecuencia; en el aspecto indemnizatorio es posible que no quede cubierta la totalidad del perjuicio sufrido; por lo que hace a la faceta alimenticia, la pensión ha de bastar necesariamente para subvenir a la subsistencia del alimentista. Se trata, pues, de una prestación cuantitativamente limitada, ya que la ley quiere evitar que el derecho a la pensión constituya un medio de enriquecerse y un estímulo para divorciarse». ³⁸⁶

Carbonnier, finalmente, acerca de la pérdida de lo donado y percibido por los cónyuges entre sí como efecto del divorcio referido a las relaciones entre los cónyuges, afirma que:

«... En primer lugar resultan afectadas las donaciones que el cónyuge culpable haya podido recibir del esposo inocente, tanto durante el matrimonio (...) como antes de celebrarlo (hipótesis de las capitulaciones matrimoniales o de promesas hechas fuera de dicho contrato, pero con

³⁸⁶ *Ibidem*, págs. 348-349

vistas al matrimonio; por ej., la sortija de prometido, aunque no falten resoluciones en contra, a este respecto). (...) También (...) los beneficios obtenidos por los cónyuges, concepto que, (además de las donaciones) comprende determinadas figuras que técnicamente difieren de dichas liberalidades, como sucede con las ventajas matrimoniales derivadas del enriquecimiento de uno de los cónyuges a virtud de ciertas cláusulas económico-matrimoniales (...).

La sanción opera de pleno derecho, sin que se precise formalismo alguno, ni declaración particular por parte del Juez, si bien no produce efectos respecto de terceros (en su calidad de sanción privada) y si el cónyuge culpable ha dispuesto de los bienes donados, los adquirentes de buena fe quedan amparados y al margen de toda perturbación»³⁸⁷

Los efectos del divorcio con relación a los cónyuges, se tienen que entre ambos primeramente se rompe el vínculo matrimonial, disolviéndose así el estado civil de casado a divorciados, esto una vez anotado el divorcio en los registros civiles correspondientes, entonces como consecuencia de la anotación de la sentencia de divorcio, ambos excónyuges, quedan en libertad para volver a contraer nuevas nupcias si así lo desearan.

Luego de efectuado el divorcio por sentencia firme, y originado de este daños y perjuicios, por causal específica, se concederá al cónyuge inocente la reparación o el resarcimiento, ya sea en patrimonio o en dinero, el juez ordenará al cónyuge culpable reparar el daño moral causado, esto atendiendo al pedido del accionante.

Con respecto a los alimentos, este cesa con el divorcio, pero atendiendo al art. 350 del C.C., aunque el cónyuge sea causante del divorcio, puede pedir alimentos al cónyuge inocente, siempre y cuando este se encuentre en estado de indigencia; entonces la prestación de alimentos solo cesa, si el cónyuge indigente contrae nuevas nupcias o sale del estado de indigencia; como aporte razonado de esta forma de prestar alimentos entre los que fueron consortes, caemos en la cuenta de que este artículo (art. 350 del C.C.), tiene un carácter o rezago histórico, pues en épocas anteriores siempre era el hombre quien tenía, el nombre, la posesión de bienes y por lo tanto, siempre el lado más débil después de efectuado el

³⁸⁷ Ídem.

divorcio, era la mujer, por lo tanto era la más propensa a caer en indigencia; además de esto, no conocemos en la casuística, sentencia de jueces que hayan otorgado alimentos u hayan aplicado tal norma; muy aparte de esto subsisten el orgullo entre los excónyuges, y la posibilidad económica de quien tiene la obligación de prestar alimentos.

En cuanto a los efectos del divorcio, el conocido jurista Héctor Cornejo Chávez, refiere acerca de la ruptura del vínculo matrimonial, lo siguiente: "No obstante la gravedad de esta consecuencia, no se debe pensar el divorcio destruye tan totalmente el estado matrimonial que reponga la situación a los términos en que se hallaba antes del casamiento, tanto porque la disolución del vínculo no opera retroactivamente sino ex nuc, cuanto porque la ley no puede convertir en extraños a quienes realmente han convivido como se verá después, el Derecho atribuye a los excónyuges ciertos derechos, obligaciones y relaciones que hacen directa referencia al anterior estado matrimonial".³⁸⁸

B. EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACIÓN A LOS HIJOS

Según Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez:

«... Respecto a los hijos, el juez fijará la situación de los hijos menores después de oír a los abuelos, los tíos y los hermanos mayores cuando lo pidieren, y tiene plena facultad para resolver sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, pudiendo decretar su pérdida o suspensión, y las limitaciones pertinentes en bien de los hijos (...).

(...) En lo que toca a la obligación alimentaria de los padres en relación con los hijos, la misma no se modifica por el cambio de estado de los progenitores, ya que éstos siempre están obligados a dar alimentos a sus hijos. Así, una sentencia de divorcio no puede liberarlos aun tratándose de quien no dio causa para el divorcio. Los alimentos deben darse por parte de ambos cónyuges

³⁸⁸ Cornejo Chávez, Héctor (1988), "Derecho Familiar Peruano: Sociedad Conyugal", Tomo I, séptima edición, Librería Studium S.A., Lima – Perú, pág. 364

en proporción a su fortuna, pudiéndose establecer como obligación de uno solo, por convenio o sentencia».³⁸⁹

Bonnetcase asevera que los efectos del divorcio en relación a los hijos son los que enuncia a continuación: «... 1. La guarda de los hijos se confía al esposo no culpable del divorcio a menos que el tribunal decida otra cosa (...). 2. Esto no impide al esposo que haya sido privado de la guarda, vigilar el sostenimiento y educación de los hijos, como tampoco lo exime de la obligación de contribuir a los gastos de ella (...). 3. Los hijos no son, naturalmente, privados de ninguna de las ventajas sobre los bienes de sus padres, que les conceda la ley o las convenciones matrimoniales (...). 4. (...) Suprime el usufructo legal del esposo culpable del divorcio, (...) así como la administración legal es atribuida al esposo que obtiene la guarda de los hijos, salvo que el tribunal resuelva otra cosa...».³⁹⁰

Valencia Zea indica sobre el particular que:

«En general, los derechos y obligaciones entre padres e hijos existentes durante el matrimonio, subsisten a pesar del divorcio (...).

(...) El juez, en la sentencia de divorcio decidirá a cuál de los divorciados corresponde ejercer en el futuro la patria potestad, o si esta es compartida por ambos. La patria potestad quedará a cargo de un cónyuge, con exclusión del otro, en todos los casos en que la causa probada del divorcio determine suspensión o pérdida de ella para el demandado. Si la patria potestad se extingue para ambo cónyuges, ordenará la guarda de los hijos. En todo caso, extinguida la vida en común de los divorciados, debe proveerse siempre sobre el cuidado personal de todos y cada uno de los hijos (...), el que puede encomendarse a los cónyuges o a otra persona atendiendo a su edad, sexo y causa probada de divorcio (...).

(...) En la sentencia de divorcio el juez debe indicar la proporción en que los divorciados deben contribuir a los gastos de crianza, educación establecimiento de los hijos comunes...».³⁹¹

³⁸⁹ Citado por: Hinostrero Minguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 350

³⁹⁰ Ídem.

³⁹¹ Ídem.

Suárez Franco, acerca de los efectos del divorcio en relación a los hijos, hace estas precisiones:

«... Los hijos nacidos dentro del matrimonio mantienen, obviamente, su carácter de legítimos, y la custodia y el ejercicio de la patria potestad corresponderá a quien el juez se las asigne (...).

(...)

(...) El juez, en la sentencia, debe entregar los hijos bajo la custodia de uno de los padres, y pronunciarse asimismo sobre el ejercicio de la patria potestad; en uno y otro caso debe, ante todo, tener en cuenta los intereses de los hijos primordialmente y luego los intereses de los padres (...).

Si de la secuela del juicio resulta que ambos cónyuges son culpables, deberá entregar a los hijos varones menores de siete años y las mujeres a la madre, y los otros hijos al padre. Sin embargo, (...) debe evitar, en cuanto las circunstancias lo permitan, la distribución de los hijos entre sus padres procurando que todos ellos queden bajo la custodia del más idóneo para llevar a cabo su crianza, educación y establecimiento. No debe estarse el juez exclusivamente a lo que acuerden los padres sobre la distribución de sus hijos, cuando hubiere aproximación entre las partes sobre este aspecto del divorcio, y deberá decretar en el proceso, aun de oficio, las pruebas que considere convenientes, o cerciorarse de las circunstancias indispensables, mediante las audiencias, sobre la conveniencia de entregar la custodia de los hijos a un cónyuge o a otro. Claro que hay ciertas causales de divorcio que, probadas, conducen a concluir necesariamente que los hijos deben entregársele al cónyuge inocente; pero puede que en ciertos casos el juez considere prudente apartar a los hijos de sus dos padres y entregarlos a un familiar o allegado que se interese en su custodia y cuidado (...).

(...) El juez debe fijar la cuantía y la forma como los padres divorciados deben contribuir a la crianza, educación y establecimiento de sus hijos, en especial, fijando una suma de dinero periódico».³⁹²

³⁹² *Ibidem*, pág. 351

Los efectos de la sentencia de divorcio con relación a los hijos menores de edad, es ver primeramente la tenencia y custodia, en donde el juez primigeniamente oirá a los abuelos, a los tíos y hermanos más cercanos a los menores hijos, esto siempre y cuando se solicita para tutelar de mejor manera el principio del interés superior del niño; los hijos menores de siete años por lo general se quedan a guarda de la madre y los mayores de siete años, se quedan a guarda de la padre, pero esto es una decisión del juez, en donde se tomará en cuenta la afectividad de cada uno de los hijos con respecto cada padre, luego se tomará en cuenta, la afectividad entre los mismos hermanos; se entiende que de antemano siempre se tomará la decisión que separe menos a la familia que queda luego de la separación definitiva de los que fueron cónyuges.

En cuanto a los alimentos de los menores hijos, la condición de estado civil de casados a divorciados no cambia en absoluto, ya que no se deja de ser padre, por lo tanto la obligación alimentaria subsiste, pues ambos padres deben contribuir con la alimentación sus menores hijos.

Con respecto a la masa hereditaria, una las características del divorcio por causal en su defecto, es que los excónyuges entre sí, pierden su derecho a heredar entre ellos; pero caso contrario sucede con los menores hijos, ya que, en ellos el derecho a heredar subsiste aun así se hayan divorciados, esto atendiendo a la cantidad de hijos en la proporción que le corresponde.

C. EFECTOS DEL DIVORCIO DE CARÁCTER PATRIMONIAL

En opinión de Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez:

«... Respecto a los bienes, el principal efecto (del divorcio) es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. En las capitulaciones matrimoniales deben sentarse las bases de la liquidación de esta sociedad y, si fueron omisas, se estará a las reglas generales de liquidación de las sociedades civiles. La sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal, por lo que debe procederse a su liquidación, la que puede ser hecha por los excónyuges, o por un liquidador nombrado por ellos o por el juez,

si no hay acuerdo. Como en cualquier liquidación, deben inventariarse los bienes y deudas comunes (no se incluyen los objetos de uso personal y ordinario de los cónyuges, como los vestidos, el lecho, etc.). Terminado el inventario y avalúo de los mismos se pagarán los adeudos de la sociedad, y se devolverá a cada esposo lo que hubiera aportado al matrimonio, dividiéndose el sobrante de la forma convenida. Si hubiere pérdidas, se deducirán de lo que cada cual hubiere aportado en proporción a la parte que en las utilidades le hubiera correspondido.

Si sólo uno aportó capital, de éste se deducirán las pérdidas.

El cónyuge culpable del divorcio responde de los daños y perjuicios que ocasione al inocente como responsable de un hecho ilícito». ³⁹³

A criterio de Suárez Franco, los efectos del divorcio con relación a los bienes comprenden tres cosas muy distintas, a saber:

- 1º. «La primera, quizá la más trascendente, se refiere a la disolución de la sociedad conyugal (...).
- 2º. Consiste en la revocación de las donaciones (...), derecho que (...) (la) ley reserva al cónyuge inocente, sin que el cónyuge culpable pueda invocar derechos o concesiones estipuladas exclusivamente a su favor en capitulaciones matrimoniales. Cuando en la secuela del juicio se estableciere la culpabilidad de ambos cónyuges y el juez decretase el divorcio, ninguno podrá invocar el derecho de revocatoria de donaciones.
- 3º. (...) 'Ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar *ab intestato* en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal'. Esta disposición es obvia: la sentencia de divorcio ocasiona (...) la disolución de la sociedad conyugal, lo cual trae a su vez la liquidación de ella, en la que les será adjudicada su cuota de gananciales a cada uno de los cónyuges, y con esto precluye todo derecho de carácter económico con relación a los bienes

³⁹³ Citado por: Hinojosa Mínguez, Alberto (2016), op. cit., págs. 355-356

matrimoniales. Disuelto el matrimonio, los cónyuges dejan de ser tales y pierden todo vínculo familiar entre sí, lo cual trae como consecuencia la pérdida de toda vocación hereditaria». ³⁹⁴

Para Gómez I Sinde, la sentencia firme de divorcio produce los siguientes efectos patrimoniales:

- *«La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.*
- *La contribución a las cargas del matrimonio y a los alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.*
- *La disolución del régimen económico del matrimonio.*
- *La pensión que (...) correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges».* ³⁹⁵

La mencionada jurista (Gómez I Sinde), en lo relativo a la atribución de la vivienda familiar como efecto patrimonial del divorcio, apunta que:

«La Ley dispone que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y, en consecuencia, al cónyuge en cuya compañía queden.

Si los hijos se reparten entre los padres, es decir, si unos quedan en compañía del padre y los restantes en la de la madre, el juez, a falta de acuerdo, resolverá lo procedente.

Si no existen hijos, la vivienda es para el titular. Sin embargo, el juez tiene la facultad de dejársela al cónyuge no titular, atendiendo en todo caso a las necesidades y las circunstancias que lo hagan aconsejable, si su interés fuera el más necesitado de protección.

Si la vivienda se deja al no titular, es sólo de forma temporal y, salvo que exista un convenio regulador, el juez fijará el plazo prudencialmente». ³⁹⁶

Gómez I Sinde, respecto de la pensión que debe prestarse como efecto patrimonial del divorcio, hace estas precisiones:

³⁹⁴ Ídem.

³⁹⁵ Ídem.

³⁹⁶ *Ibidem*, págs. 356-357

«El concepto de pensión es (...) una prestación compensatoria a la que tiene derecho el cónyuge al que el divorcio le produzca un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio.

La pensión es una cantidad periódica que no necesariamente ha de ser mensual, pues (...) no se trata de cubrir los gastos normales de cada día, sino que está destinada a deshacer un desequilibrio.

Este desequilibrio ha de hacer referencia a la situación que tenían de casados; por tanto, no cabe solicitarla si con el divorcio no empeora la situación de ninguno de los cónyuges.

La Ley permite transigir y pactar sobre la pensión.

(...)

El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, es decir, al desaparecer el desequilibrio económico, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona (...).

(...)

La actualización de la pensión y las garantías para su efectividad vienen fijadas en la resolución judicial». ³⁹⁷

Gómez I Sinde, finalmente, en lo que atañe al efecto patrimonial del divorcio referido a la disolución del régimen económico matrimonial, reflexiona de este modo:

«El régimen económico del matrimonio es el que los cónyuges han estipulado en capitulaciones matrimoniales; a falta de éstas, el régimen es el de la sociedad de gananciales.

(...)

Mediante la sociedad de gananciales, se hacen comunes para ambos cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la misma.

³⁹⁷ Ídem.

La liquidación de la sociedad de gananciales la pueden realizar los cónyuges de mutuo acuerdo en el convenio regulador del divorcio (o de la separación) y, si es correcta, la homologará -le dará validez- el juez al dictar la sentencia de divorcio.

(...)

La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

(...)

Una vez disuelta la sociedad de gananciales, se procede a su liquidación, que comienza por un inventario del activo y el pasivo de la sociedad (...).

(...) En el régimen de separación de bienes, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo, corresponde a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.

(...)

(...) El régimen de separación de bienes es el que menos problemas comporta a la hora de proceder a la liquidación de la sociedad, puesto que la pertenencia de los bienes ya está delimitada y, en caso de existir dudas sobre algo, corresponde la mitad a cada cónyuge». ³⁹⁸

Respecto al divorcio, en lo que respecta al carácter patrimonial, específicamente a los bienes que se dividen o parten entre los excónyuges, puesto que ya no forman parte de la masa de la sociedad conyugal.

Para lograrse la liquidación de la sociedad de gananciales, primeramente se debe optar por el acuerdo entre los excónyuges, en caso de que no existiera este acuerdo entre ambos, debe optarse por un liquidador a elección del juez, con atención que previamente debe inventariarse todos los bienes de la sociedad de gananciales, luego de realizado esto, debe de hacerse efectivo por pagar todas las deudas adquiridas por los excónyuges; así mismo se devolverán los bienes que cada exesposo

³⁹⁸ *Ibidem*, págs. 357-358

aporte al matrimonio, ya sea con bienes o capital pecuniario, y si hubieran perdidas se deducirán del mismo, otorgando a cada excónyuge la parte correspondiente; punto aparte, los daños y perjuicios generados por el cónyuge culpable, para el caso, el juez evaluará la pretensión conjuntamente con la ofensa causada (pues es más grave la causal de atentado contra la vida del cónyuge, que la causal de imposibilidad de hacer vida en común, ya que como parte de esta tesis, existe entre las causales inclusión, exclusión y límites entre las mismas).

Un efecto patrimonial aparte de la sentencia de divorcio por causal, es la atribución de la vivienda y por ende todo lo que contiene para el servicio del mismo (como menaje, electrodomésticos, servicios y demás comodidades que permitan vivir en ella), por regla general es siempre el cónyuge inocente o quien el juez decida que debe obtener la patria potestad de los menores hijos si lo hubiera.

D. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO

Kemelmajer De Carlucci: «... Los hechos que pueden dar lugar al divorcio son conductas antijurídicas, por lo que sus consecuencias deben ser reparadas. No se trata de beneficiar al cónyuge inocente sino de resarcirle los daños efectivamente sufridos por él; por lo demás, siendo la materia relativa al matrimonio de orden público, es interés de la sociedad que el culpable del quebrantamiento de la célula básica de la sociedad repare el daño causado».³⁹⁹

Carbonnier apunta sobre la materia que:

«... Los hechos constitutivos de causa de divorcio (...) pueden causar un perjuicio material o moral al cónyuge inocente que tiene derecho a exigir su reparación (...).

Puede ocurrir que la disolución del matrimonio sea, en sí misma, una fuente de perjuicios. (...) El cónyuge inocente tiene derecho al

³⁹⁹ Citado por: Hinojosa Mínguez, Alberto (2016), op. cit., pág. 358

resarcimiento por el perjuicio material (...) o moral causado por la disolución del matrimonio (...).

La existencia de estos daños y perjuicios puede reconducirse tanto al perjuicio moral como a la desconsideración que, en la situación actual de costumbres, comporta la calidad de divorciado (aunque sea inocente). En el plano patrimonial, uno de los cónyuges podrá solicitar una indemnización por las pérdidas implícitas en la cesación de los beneficios comunes (por ej., caso de un comercio lucrativo). Más eventual parece el daño inherentes a la pérdida de las expectativas hereditarias...».⁴⁰⁰

Lidia Makianich de Basset, acerca de los daños resarcibles derivados del divorcio, anota lo siguiente:

Entre los primeros (daños producidos por los hechos constitutivos de las causales de divorcio), de cuño extrapatrimonial, se reconocen normalmente los agravios a los sentimientos, a la dignidad, las humillaciones, vejámenes, el dolor no físico, lesiones a la seguridad personal, que los actos constitutivos de las causales pueden ocasionar al otro cónyuge.

Los patrimoniales pueden quedar configurados por los menoscabos o deméritos provocados en la reputación del cónyuge y que disminuyan sus posibilidades de obtener ingresos, el descrédito profesional, las lesiones físicas o psíquicas, amén de cualquier destrucción de bienes o lesiones patrimoniales en la multiplicidad de variantes fácilmente computables que este tipo de daño presenta.

El daño moral resultante del divorcio puede configurarse por la soledad a que se ve constreñido el cónyuge, la eventual desconsideración que en algún medio social pueda existir por el divorcio.

Patrimonialmente el divorcio en sí puede ocasionar a causa de la disolución ipso iure del régimen patrimonial matrimonial un daño importante, por la partición de bienes productores de frutos, o (...) cuando el patrimonio ganancial está en cabeza del inocente y éste

⁴⁰⁰ Ibídem, pág. 359

*se ve forzado a dividirlo; los gastos extraordinarios que pueda originar en establecimientos educativos, por no poderlos atender (a los hijos) personalmente debido a sus ocupaciones».*⁴⁰¹

Chechile, en lo que toca al resarcimiento de daños en caso de concurrencia de culpas en el divorcio, pone de relieve que «si se decretara (el divorcio) por culpa de ambos cónyuges cada uno podrá demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los hechos que constituyeron causal de divorcio, y que atribuyen responsabilidad por el actuar dañoso, pero no podría ninguno de ellos demandar los daños derivados por el divorcio en sí mismo porque al ser considerado culpable, el divorcio se habría producido en virtud de sus propios agravios, con lo que está imposibilitado de reclamar perjuicios derivados de su propia culpa...».⁴⁰² Dicha autora, en lo que concierne a la indemnización del daño moral en el divorcio, cita la siguiente doctrina jurisprudencial argentina: «... Es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio».

Chechile concluye sobre la indemnización de daños y perjuicios derivados del divorcio que «... sólo procede el resarcimiento por daños cuando el sujeto que reclama la indemnización puede fundar su pretensión invocando su calidad de persona, ej.: lesiones. Porque es un derecho que detenta todo ser humano por el hecho de ser tal, y dado que es posible ejercerlo contra cualquier tercero que lo transgreda, no sería justo tolerar que lo vulnere la familia dado que ella no es un *'bill de indemnidad'*. Mas, cuando lo que se invoca es una calidad emergente de un vínculo familiar, el daño no sería resarcible, porque ese mismo supuesto trasladado fuera del seno de la familia no sería generador de daño, ej.: el daño moral causado por el sólo desamor, que si bien puede ser causal de divorcio, no puede considerárselo productor de perjuicio».⁴⁰³

Sobre el particular, Bossert y Zannoni refieren que:

⁴⁰¹ *Ibíd.*, págs. 359-360

⁴⁰² *Ídem.*

⁴⁰³ *Ídem.*

«... El cónyuge declarado culpable deberá indemnizar los daños perjuicios que se deriven de los hechos ilícitos que cometió -p. ej., el perjuicio derivado de injurias contra el otro cónyuge-, como también los que deriven de la separación o el divorcio, ya que éstos son, a su vez, consecuencia de dichos hechos ilícitos. En todo caso, se trata de determinar qué comprenderá dicha indemnización. Sin duda (...) se indemnizará el daño moral. También podrá establecerse indemnización por la disolución anticipada de la sociedad conyugal; ésta se hallaba destinada a durar mientras los cónyuges vivieran, de manera que la privación de rentas, que le significa al inocente la liquidación y división de los bienes que las producían, deberá ser indemnizada, como pérdida de una razonable chance.

Se ha sostenido, además, la posibilidad de indemnizar por la pérdida del derecho hereditario que para el inocente significará el divorcio vincular; aunque al respecto, cabe advertir que esto no llega a constituir la frustración de una chance, pues tal derecho no existe sino al momento de la muerte del causante, y antes es una mera expectativa conjetural o hipotética.

(...) La indemnización debe ser pedida judicialmente; puede acumularse a la demanda de divorcio, como también podría demandarse por ella después de la sentencia». ⁴⁰⁴

El carácter que tiene la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, derivados del divorcio, recae estrictamente en el carácter patrimonial, con cuyo caso recae sobre el cónyuge culpable; ahora entiéndase que la indemnización recae sobre daños materiales y daños morales.

Por otra parte, se entiende que los daños derivados del divorcio son de carácter inmediato, porque estrictamente se relacionan con la causal, así se tiene por ejemplo a la violencia física y psicológica, donde el dolor sufrido aún persiste, los rezagos y traumas por aquello sufrido.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, págs. 360-361

López del Carril,⁴⁰⁵ nos informa que, siguiendo a la jurisprudencia francesa, existen tres categorías de perjuicios en los supuestos de divorcio o de separación de cuerpos, a saber:

- a) «El perjuicio resultante de la desaparición obligacional del deber de asistencia o socorro (...).
- b) El perjuicio material y moral, que sea la consecuencia de la disolución del matrimonio y que descansa en los hechos mismos que fundamentaron la demanda de divorcio (...). Se entiende que estos daños y perjuicios excluyen los que resulten del deber de asistencia y socorro (...).
- c) El perjuicio moral y material (...) que debe ser distinto del perjuicio resultante de la disolución del matrimonio, y que reposa sobre la culpa del cónyuge que dio causa al divorcio, y aunque esa culpa haya sido tomada en cuenta como causa del divorcio...».

Sobre la acción resarcitoria de daños y perjuicios en el divorcio, opina que:

«... El cónyuge que ha sido declarado culpable en la sentencia de divorcio, ha incurrido en mala fe, pues su deber jurídico conocido e impuesto inexorablemente por la ley, es el de no quebrantar o violar con hecho alguno la normalidad de la unión conyugal. Y además, (...) el cónyuge culpable conoce y ha sido el autor y causante de las causales que conducen al divorcio. Hay allí dos situaciones: una de mala fe y otra de pleno conocimiento de las cosas.

Ambas situaciones constituyen los elementos precisos de la violación del deber jurídico, que es ni más ni menos que un hecho ilícito, pues es lisa y llanamente la transgresión a los deberes impuestos a los cónyuges por la ley (...), que son absolutos y de orden público (...).

(...) Resulta evidente que el cónyuge culpable del divorcio ha incurrido en la ilicitud por su propia voluntad, por su propio y deliberado hecho y actuación (...).

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pág. 362-364

(...)

(...) El cónyuge culpable se ha conducido con grave alteración de su deber jurídico, ha incurrido en hechos ilícitos, ha violado la ley jurídica y moral y se ha conducido con mala fe y obrado con culpa e imprudencia.

Esa situación tiene derecho a la reparación patrimonial por sí misma, es decir, por la simple comisión de uno o algunos de los hechos que constituyen causales legales del divorcio...».

«... Una acción resarcitoria cubriría los daños materiales y morales que los hechos constitutivos de causales declaradas en la sentencia de divorcio han infligido por sí mismos al cónyuge inocente como consecuencias inmediatas y morales que la actitud del cónyuge culpable del divorcio ha producido al inocente en la proyección de su vida futura, es decir, como consecuencias mediatas.

(...) El daño que proyecta la conducta del cónyuge culpable con respecto al futuro del esposo inocente, proviene de un mal hecho a la persona de éste, como así también a sus derechos a mantener un matrimonio normal con el desenvolvimiento razonable, personal y económico que la mutua comprensión y el mutuo esfuerzo han de desarrollar, aparte de que el quebrantamiento culpable de la vida conyugal produce –sobre todo en la mujer– consecuencias de frustración, de aislamiento, de desaparición del hogar, de abandono de su condición de ama de casa, para emplearse a fin de subvenir su vida en todo o en parte, etc.

(...) El cónyuge culpable ejecuta a sabiendas (...) un acto ilícito que es la violación del deber jurídico, perjudicando los derechos de su consorte.

(...)

(...) 'La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima'.

Con esta disposición (...) se abre un ancho camino para que procedan las reparaciones por el daño material y sobre todo moral, en el divorcio y en su proyección».

El citado jurista hace notar que:

«... No se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho. Se trata de consecuencias de un mismo hecho, con reparaciones distintas e independientes de acuerdo a la calidad, desenvolvimiento, profundidad y proyección de esas consecuencias. Una reparación para las consecuencias que produjeron los actos ilícitos que son las causales de divorcio desde su nacimiento hasta la sentencia de divorcio en perjuicio del cónyuge inocente; y otra por las consecuencias que producen esos mismos actos ilícitos en su proyección de futuro desde la sentencia en adelante, sin necesidad de determinar la extensión del tiempo o el momento fijo en que tal daño adquirirá relevancia material, sino simplemente que la relevancia real está dada por el hecho cierto de las consecuencias que produce el cónyuge inocente en el desenvolvimiento ulterior de su vida, en el quebrantamiento de los deberes conyugales por parte del esposo culpable.

En cualquiera de ambas reparaciones la integridad la constituye la conjunción de los daños material y moral...».

López del Carril termina sosteniendo que el cónyuge inocente tendría a su alcance: a) «...la prestación alimentaria que no responde (...) al criterio de reparación; b) una acción resarcitoria por los daños materiales y morales que le ha causado la violación de los deberes jurídicos y que resultan de las causales del divorcio y hasta la sentencia de divorcio, y c) otra reparación de los daños y perjuicios causados por los mismos hechos constitutivos de las causales de divorcio, pero en su proyección desde la sentencia de divorcio en adelante y con respecto a la situación y estado que le crea en su vida posterior la actitud ilícita del esposo culpable».

E. EFECTOS DEL DIVORCIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Según Alberto Hinojosa Minguéz,⁴⁰⁶ el Código Civil, acerca de los efectos del divorcio, prescribe lo siguiente:

⁴⁰⁶ *Ibidem*, págs. 365-369

- a) 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 (art. 360 del C.C.).
- b) El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio (art. 348 del C.C.).
- c) Fenece el régimen de sociedad de gananciales por divorcio (art. 318 -inc. 3)- del C.C.). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente:
 - «... Por el divorcio fenece la sociedad de gananciales generada por el vínculo matrimonial [...] por lo que al ampararse la demanda se da por concluido el régimen patrimonial, siendo en ejecución de sentencia que se formalizarán las etapas de liquidación previstas en el artículo 320 del Código Civil...» (Casación Nro. 575-2004/Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01- 2006, págs. 15281-15282).
 - « ... En ejecución de sentencia [del proceso de divorcio] se establecerá tal calidad de los bienes que puedan existir y que integraron la sociedad de gananciales...» (Casación Nro. 2101-2007/Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, pág. 20420).
- d) El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (art. 352 del C.C.). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: «... Las instancias inferiores han resuelto declarando disuelto el vínculo matrimonial ordenando la pérdida de la sociedad de gananciales por parte de la cónyuge culpable así como la pérdida del derecho alimentario por ser la causante del divorcio; [...] de lo anterior se colige que las instancias se han excedido en su pronunciamiento toda vez que no fue peticionada la pérdida de la sociedad de gananciales, con lo cual se ha afectado el derecho al debido proceso que tiene la recurrente, pues se ha contravenido lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código adjetivo, siendo de considerar además que el artículo trescientos cincuentidós del Código Civil sólo dispone

que el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro...» (Casación Nro. 2554-00/lca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7195-7196).

- e) El régimen de separación de patrimonios fenece por divorcio (arts. 318 -inc. 3)- y 331 del C.C.).
- f) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos: El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (art. 340 del C.C., aplicable también al divorcio por disposición del art. 355 del C.C.). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: «... Ambas partes, demandante y demandada, han celebrado un acuerdo de conciliación respecto a la patria potestad y otras pretensiones acumuladas; sin embargo, por aspectos de fondo, dicho acuerdo no puede infringir la naturaleza indisponible del derecho sustancial y someterse a un acuerdo o avenimiento de las partes, por cuanto la declaración de suspensión de la patria potestad, en los casos de separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges, constituye un efecto o consecuencia de tales supuestos cuyo cumplimiento no admite pactarse en sentido contrario, ya que además, no se trata de una separación convencional» (Casación Nro. 719-97/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10-12-1998, pág. 2205).
- g) En cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de

familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (art. 341 del C.C., numeral que integra la normatividad referida a la separación de cuerpos y que resulta aplicable también al divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).

h) El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa (art. 342 del C.C., que integra la normatividad referida a la separación de cuerpos y que resulta aplicable también al divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).

i) 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 hubiere 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 (art. 350 del C.C.). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente:

— «... El artículo trescientos cincuenta del Código Civil regula los efectos de la declaración de divorcio respecto de los cónyuges, siendo su efecto inmediato el cese de la obligación alimenticia entre el marido y la mujer, obligación que nace del deber de asistencia mutua como consecuencia inmediata del matrimonio que consagra el artículo doscientos ochenta y ocho del citado Código material. El supuesto que la norma establece parte de la premisa de que al momento de la declaración de divorcio, ambos cónyuges se estuvieran

procurando alimentos mutuamente por el sólo [sic] hecho del matrimonio y de los deberes que surgen de aquél, en cuyo caso, al darse por concluido el vínculo matrimonial, inmediatamente cesan todos sus efectos, incluido el de prestarse alimentos entre las partes...» (Casación Nro. 4670-2006/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23336-23337).

- «... El demandante viene abonando a la demandada una pensión de alimentos en virtud a un mandato judicial [...], el mismo que, por su naturaleza, no constituye cosa juzgada; en tal contexto, las instancias de mérito no podían pronunciarse [en el proceso de divorcio] sobre el cese de una obligación que ya fue determinada por otro órgano jurisdiccional en un proceso que aún se encuentra en trámite; y si bien a tenor de lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta del Código Civil, es efecto del divorcio respecto de los cónyuges -entre otros-, el cese de la obligación alimenticia entre marido y mujer, dicha norma debe ser interpretada dentro de un contexto en que los cónyuges se hubieran prestado mutuamente, y sin coerción alguna, los citados alimentos, circunstancia que no se presenta en este caso, pues fue la demandada quien, ante el cese unilateral del aporte de parte del demandante, tuvo que recurrir al Poder Judicial para efectos de obtener un fallo que lo compela a cumplir con prestarlos; [...] interpretar lo contrario implicaría contravenir abiertamente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, ya que se estaría ordenando el cese de la pensión de alimentos dispuesta en un proceso judicial distinto al que nos ocupa [sobre divorcio], vulnerando la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues es en dicho proceso, y no en éste, que el actor debe hacer valer las razones por las cuales estima que ya no le corresponde seguir abonando los alimentos ordenados por el Juez a favor de su cónyuge...» (Casación Nro. 4670-2006/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23336-23337).

— «... Existe interpretación errónea del artículo trescientos cincuenta del Código Civil, cuando el Colegiado Superior estima que, aun existiendo un proceso de alimentos en el que se ha determinado la obligación alimenticia a cargo del demandante, debe cesar la prestación de aquella a favor de la cónyuge demandada, porque ésta no acreditaría encontrarse dentro de los supuestos regulados en el segundo párrafo de la norma antes citada, no obstante que tales aspectos [...] no corresponden ser analizados en este proceso [sobre divorcio] sino en el que derive del otorgamiento de la pensión alimenticia ya fijada [...], por tanto, el artículo trescientos cincuenta del Código Civil debe interpretarse sistemáticamente con la norma contenida en el artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, y concluirse que habiendo un proceso de alimentos en trámite, el cese, exoneración o extinción de la prestación alimentaria debe resolverse en dicho proceso ...» (Casación Nro. 4670-2006/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23336-23337).

— «... Los alimentos a favor de la cónyuge demandada han sido fijados por el [...] Juzgado [...] y hasta que no exista sentencia recaída en un proceso específico que determine la extinción de la obligación alimentaria, la pretensión invocada con el fin de que se ordene el cese de la citada prestación [alimentaria] no corresponde ser amparada en este proceso de divorcio, por lo que debe dejarse a salvo el derecho del actor para que lo haga valer en la vía que estime pertinente...» (Casación Nro. 1608-2007/lca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23666-23668).

j) Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí (art. 353 del C.C.).

k) La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su

derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez (art. 24 del C.C.).

No podemos dejar de mencionar que, tal como lo establece la Corte Suprema de Justicia de la República, «... el estado civil de divorciado de una persona no depende de la declaración consignada en el documento nacional de identidad, sino de la inscripción en el Registro Civil de tal estado, en mérito de una decisión que corresponde únicamente al órgano jurisdiccional...» (Casación Nro. 3090-2006/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, págs. 21333-21334).

2.2.18. LOS ALIMENTOS ENTRE EX CÓNYUGES

A. Definiciones

Estriche sostiene que los alimentos: “...son las existencias que se dan a alguna persona para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud...”⁴⁰⁷

Mientras que Trabucchi afirma por su parte que “...la expresión de alimentos en el lenguaje jurídico tiene un significado más amplio del significado común, y comprende, además de la alimentación, cuanto es necesario para el alojamiento, vestido, los cuidados de la persona, su instrucción, etc.”⁴⁰⁸

En una conclusión jurídicamente sencilla, los alimentos es todo aquello necesario para la subsistencia de una persona, esto es comida, vestido, casa, salud, y todo lo que demás que acarrea para que una persona necesite para vivir.

B. Obligación alimentaria entre ex cónyuges

Según Manuel María Campana, “Cuando hablamos de obligaciones, en general, nos sustraemos a que estos conviven de manera indesligable con las personas (...), la importancia de las obligaciones radica en que todas las personas cualquiera fuese la situación de su vida diaria, están sujetas a ellas; en realidad es consustancial con la vida misma ya que esta oscila entre los derechos por un lado y las obligaciones por otro. Para que hayan

⁴⁰⁷ Fernández Revoredo, Marisol, op. cit. pág. 257

⁴⁰⁸ Ídem.

obligaciones, se requieren derechos; no pueden existir sin estos. Como contrapartida los derechos carecerían de utilidad si no hubiesen obligaciones”.⁴⁰⁹

En otro párrafo Manuel María Campana expresa, “En atención a esto, no se estará obligado a prestar alimentos por el solo hecho de la disposición legal que lo ampare, o por que se tenga la calidad de cónyuge, descendiente, ascendiente, pariente cercano o adoptado; pues además de una norma legal que imponga a una persona la obligación de otorgar alimentos, y a la otra el derecho de solicitarlos, será necesaria –en conjunto- una triple condición objetiva para que la obligación y el derecho reclamado se convaliden, sin olvidar el requisito subjetivo, de carácter permanente, que resulta del vínculo *ex lege*”.⁴¹⁰

En lo referido por Manuel María Campana, que necesariamente para que exista obligación alimentaria, debe de existir una triple conjunción de elementos, las que se resumen primero en un estado de necesidad, segundo en la posibilidad del obligado, y tercero y último la norma legal que lo establezca; es decir que necesariamente deben de concurrir estos tres elementos para poder solicitar los alimentos.

Pedro Mejía Salas,⁴¹¹ proscribe que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer (art. 350 del C.C.).

Mas esta regla general, admite excepciones. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviese 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 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. La obligación cesa automáticamente si el alimentista contrae nuevas

⁴⁰⁹ Campana Valderrama, Manuel María (2003), “Derecho y Obligación Alimentaria”, Jurista Editores, segunda edición, Lima – Perú, pág. 95

⁴¹⁰ Ídem.

⁴¹¹ Mejía Salas, Pedro (2006), “Derecho de Alimentos”, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, pág. 24

nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso el reembolso.

Si se produjese la invalidación del matrimonio, las peticiones sobre asignación de alimentos se sujetarán a las normas pertinentes relativas al juicio de separación de cuerpos y de divorcio art. 281 del Código Civil).

C. Pensión de alimentos excepcionales

Como una noción previa, Peralta Andía plantea que: “En sentido lato, la pensión alimentaria es una cantidad que por disposición convencional, testamentaria, legal o judicial, concurre una persona en favor de otra para su subsistencia. En sentido estricto, se dice que es la asignación fijada en forma voluntaria o judicialmente para la subsistencia de una persona que se halla en estado de necesidad”.⁴¹²

El que solicita alimentos, en el caso de ex-cónyuges debe hallarse sin bienes ni medios de ganarse la vida. Con frecuencia, la esposa demandante hace referencia al estado de miseria, abandono y desamparo en que se halla. Aquí en el Perú, en los pleitos sobre alimentos llega, tanto el hombre como la mujer, a divulgar sus sentimientos más íntimos.

Los solicitantes deben demostrar su imposibilidad de adquirir medios para subsistir. El pedido de alimentos debía fundarse en que el alimentante está en condiciones económicas para atender a las necesidades de su cónyuge. Probar las actividades económicas de los esposos, y así acreditar sus reales posibilidades.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico se ha reconocido derecho de alimentos a favor de los ex cónyuges y de las madres gestantes. Así, en el caso de los ex cónyuges, a pesar de que el divorcio cesa la obligación alimenticia entre ellos.

El juez le asignará una pensión de alimentos a favor del que no tenga bienes propios o gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, siempre y cuando, el divorcio se haya declarado por culpa del otro. Asimismo, también se fijará una pensión a favor del ex cónyuge indigente, así éste hubiera ocasionado el divorcio.

⁴¹² Peralta Andía, Javier Rolando, ob. cit., pág. 407.

CAPÍTULO III

3. MARCO OPERATIVO

3.1. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

3.1.1. HIPÓTESIS GENERAL

- a) **V. I.:** Carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio respecto al criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial.
- b) **V.D.:** Determinación en la ambigüedad y la similitud causal.

3.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

3.1.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

- a) **V.I.:** Causales de divorcio con carácter de excluyente, inclusivo y limitativo.
- b) **V.D.:** Incisos 1, 2, 4, 6, 8 y 11, del art. 333º Código Civil.

3.1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

- a) **V.I.:** Criterio interpretativo en las causales para declarar el divorcio.
- b) **V.D.:** Correcta aplicación e interpretación de la norma jurídica.

3.1.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

- a) **V.I.:** Imprecisión de la causal legal en la calificación de la demanda.
- b) **V.D.:** Tutela jurisdiccional efectiva.

3.2. CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

| PREGUNTAS | HIPÓTESIS | VARIABLES | DIMENSIONES | INDICADORES |
|---|--|---|---|---|
| <p>PREGUNTA GENERAL</p> <p>¿El carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio determina el criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial, Tacna, 2016?</p> | <p>HIPOTESIS GENERAL</p> <p>El carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio, respecto al criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial, es determinante porque guardan ambigüedad y la similitud causal.</p> | <p>V.D.: La ambigüedad y la similitud causal.</p> | <p>-</p> <p>-</p> <p>- AMBIGÜEDAD</p> <p>-</p> <p>-</p> <p>SIMILITUD CAUSAL</p> <p>-</p> | <p>- Inciso 1 del art. 333º</p> <p>- Inciso 2 del art. 333º</p> <p>- Inciso 4 del art. 333º</p> <p>- Inciso 6 del art. 333º</p> <p>- Inciso 8 del art. 333º</p> <p>- Inciso 11 del art. 333º</p> <p>- Inciso 1 y 8 del art. 333º</p> <p>- Inciso 2 y 4 del art. 333º</p> <p>- Inciso 4 y 6 del art. 333º</p> |
| <p>PREGUNTAS ESPECIFICAS</p> <p>- ¿Qué causales de divorcio tienen el carácter de excluyente, inclusivo y limitativo?</p> <p>- ¿Cómo determina el criterio interpretativo en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial?</p> <p>- ¿Cómo se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, comprensivo y vinculatorio?</p> | <p>HIPOTESIS ESPECIFICAS</p> <p>a) Las causales de divorcio que tienen el carácter de excluyente, inclusivo y limitativo, son los incisos 1, 2, 4, 6, 8 y 11 del art. 333º C.C.</p> <p>b) La manera como determina los criterios interpretativos en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial, es en cuanto a la correcta aplicación e interpretación de la norma jurídica.</p> <p>c) La forma en que se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, inclusivo y limitativo, es la imprecisión al atribuirse la causal legal en la calificación de la demanda.</p> | <p>V.I.: Carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio respecto al criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial.</p> | <p>-</p> <p>-</p> <p>- EXCLUSIÓN</p> <p>-</p> <p>- INCLUSIÓN</p> <p>-</p> <p>-</p> <p>LIMITE CAUSAL LEGAL</p> <p>-</p> <p>-</p> <p>-</p> <p>-</p> <p>-</p> <p>- CRITERIO INTERPRETATIVO</p> | <p>- Inciso 12 del art. 333º</p> <p>- Inciso 10 del art. 333º</p> <p>- Inciso 9 del art. 333º</p> <p>- Inciso 7 del art. 333º</p> <p>- Inciso 5 del art. 333º</p> <p>- Inciso 3 del art. 333º</p> <p>- Inciso 1 y 8 del art. 333º</p> <p>- Inciso 2, 4 y 11 del art. 333º</p> <p>- Inciso 1 del art. 333º</p> <p>- Inciso 2 del art. 333º</p> <p>- Inciso 8 del art. 333º</p> <p>- Admisión de la demanda</p> <p>- Admisión de la contestación</p> <p>- Emisión de la sentencia</p> |

3.3. DEFINICIONES OPERACIONALES

- **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 una de los cónyuges.
- **DIVORCIO POR CAUSAL:** Es la ruptura del vínculo matrimonial por cualquiera de las causales que taxativamente establece la ley, donde se acredita la culpa de uno de los cónyuges.
- **CÓNYUGE CULPABLE:** Aquel que dio causa, aquel que tiene la culpa del divorcio, por estar inmerso en alguna de las causales probadas en un proceso de divorcio.
- **CÓNYUGE INOCENTE:** Aquel que ha sido engañado, perjudicado, agraviado por parte de su cónyuge (*culpable*), ya que este último está inmerso en algunas de las causales tramitadas en un proceso de divorcio.
- **MATRIMONIO:** Se trata de la unión de un hombre y una mujer que se concreta a través de determinados ritos o trámites legales.
- **EXCLUSIÓN:** Comprendido entre las causales de divorcio, es expresamente que no guardan ningún tipo de relación, no existen nexos entre los mismos.
- **INCLUSIÓN:** De las causales de divorcio, es que una causal encierra o engloba otras causales.
- **VÍNCULO:** Lo que ata, une o relaciona una causal de divorcio con otra causal de divorcio.
- **SIMILITUD:** Que dentro de las causales de divorcio, alguna causal se le parezca a otra o guarden relativos nexos.
- **AMBIGÜEDAD:** Que alguna causal en su definición no exprese claridad o contenga otra causal parecida.
- **LIMITES CAUSAL:** Se trata de establecer parámetros para las causales de divorcio, tanto en su definición, como la prueba.

3.4. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación que se ha utilizado es pura o básica, ya que este tipo de investigación se ocupa de la búsqueda de nuevos conocimientos, esta misma se trata en ámbito socio jurídico; y así mismo tiene un fin bibliográfico.

En este caso el propósito que sigue va dirigido a analizar y describir el problema.

3.4.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación es DESCRIPTIVO-EXPLICATIVO porque busca razonar acerca de las causales de divorcio y, ampliar el fundamento del porqué de las causales de divorcio y SOCIO JURÍDICA porque establece, analiza y describe, el porqué del problema, explicando sus efectos en la investigación, en este caso; cómo incide las causales de divorcio en los cónyuges que buscan el cese de la relación conyugal.

3.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.5.1. POBLACIÓN

La población está conformada por el total abogados litigantes en derecho de civil, en la materia de Familia, en la Corte Superior de Justicia de Tacna, en el año 2016.

3.5.2. MUESTRA

La muestra que se tomó para la investigación corresponde a una de selección intencionada de carácter discrecional, la que estará compuesta por un grupo de treinta (30) abogados litigantes en derecho de civil, en la materia de Familia, en la Corte Superior de Justicia de Tacna, en el año 2016.

Es de selección intencionada y de carácter discrecional, por la poca especialidad de abogados litigantes en Derecho de Familia.

3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.6.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

— Encuesta: Cuestionario

Se empleó el cuestionario; para obtener las opiniones de los abogados litigantes, específicamente en materia civil, derecho de familia.

— Entrevista: Guía de entrevista

Se utilizó para obtener opiniones más o menos certeras, la que se aplicó a un médico especialista en el tratamiento de Infecciones de Trasmisión Sexual (ITS) y tres psicólogos, con conocimiento del tema, los cuales deben concretar aproximaciones acerca del problema planteado.

3.6.2. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Es la utilización de cuadros y gráficos estadísticos, en donde se presenta de manera clara y concisa los resultados de la investigación llevados en el campo de trabajo, tanto como producto de los cuestionarios aplicados como de la guía de entrevista.

Mediante el análisis descriptivo, se va a precisar las circunstancias en que se desarrolla el problema, este específicamente del método inductivo – deductivo; así también mediante el análisis sistemático, como se vinculan los resultados obtenidos por cada variable investigada, de tal manera que permitan adecuarse a las hipótesis, conducir a conclusiones claras y poder formular recomendaciones, para la solución del problema.

CAPÍTULO IV

4. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

La información recolectada, fue obtenida a través de las encuestas y entrevistas realizadas a abogados litigantes de la Corte Superior de Justicia de Tacna y médicos especialistas con conocimientos de Enfermedades de Trasmisión Sexual y psicólogos que puedan determinar el amplio margen de la violencia tanto psicológica como física; quienes en concreto aportaron para definir y precisar con un mayor carácter interpretativo las causales de divorcio.

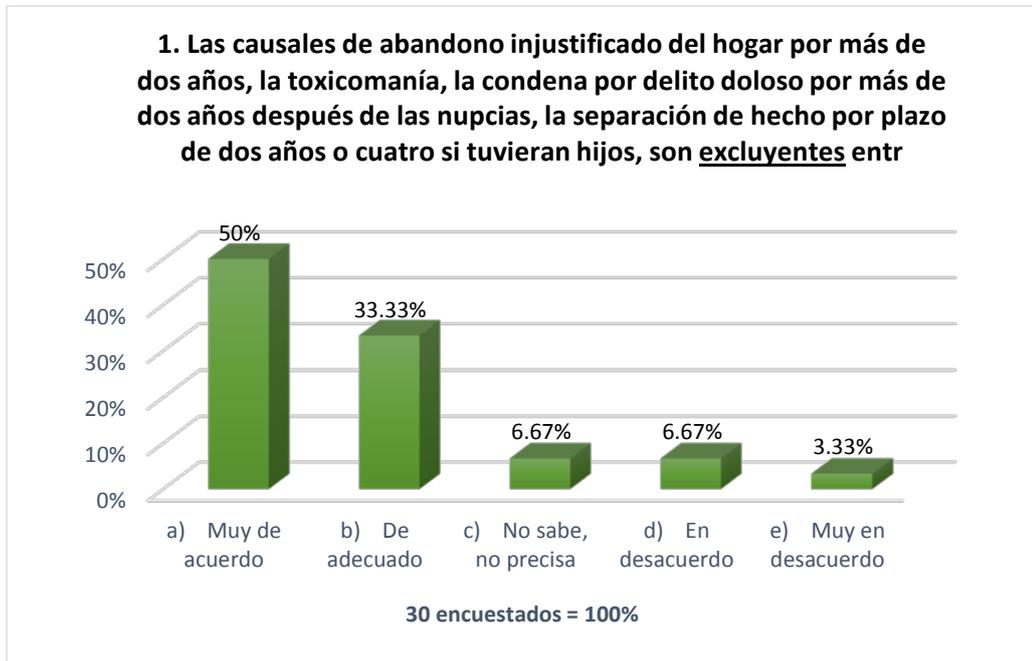
4.1.1. PROCESAMIENTO DE DATOS

Para la tabulación de los datos se ha utilizado cuadros en hoja electrónica del programa Microsoft Excel, en una hoja se ha confeccionado un cuadro matriz donde se alimentaron los datos obtenidos de los cuestionarios, asignando una columna por pregunta y colocando en filas cada unidad de análisis con las respuestas, para obtener el resultado de la sumatoria de todas las respuestas. En una segunda hoja se han enlazado los resultados de la primera hoja con las sumatorias y se han plasmado los textos.

Las guías de entrevista se enlazaron para probar conjuntamente con los cuadros y gráficos estadísticos, según los resultados arrojados.

4.2. RESULTADOS DE LAS VARIABLES

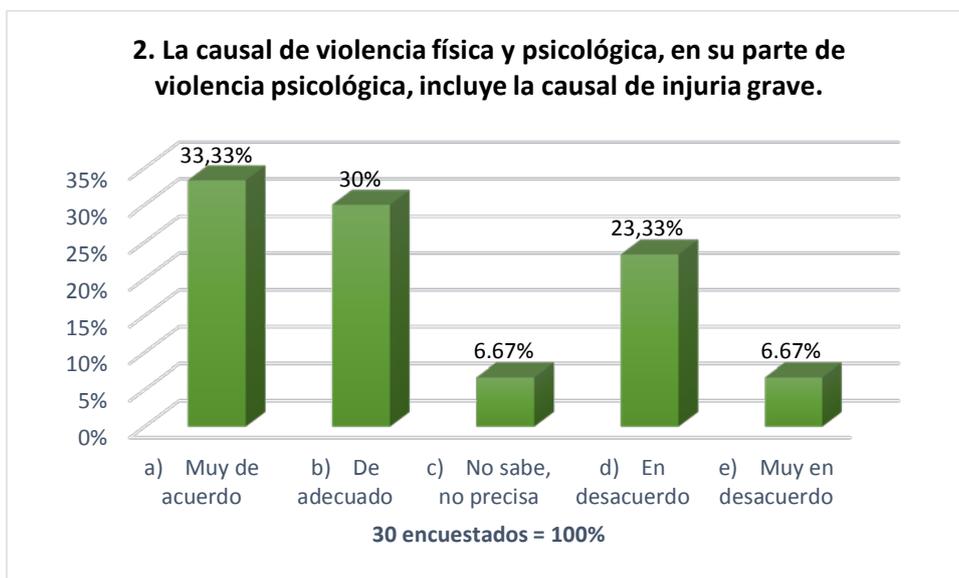
GRÁFICO N° 01



INTERPRETACIÓN:

Con lo que respecta al carácter excluyente de las causales, es decir que ninguna de las causales nombradas guarda vínculo alguno, un 50% está muy de acuerdo y un 33,33% está de acuerdo.

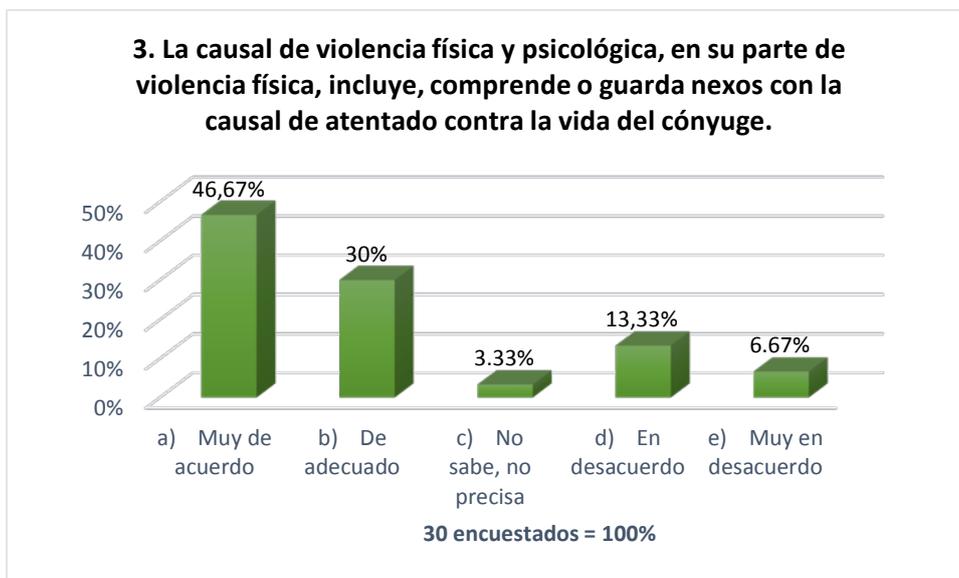
GRÁFICO N° 02



INTERPRETACIÓN:

De la violencia física y psicológica, específicamente la violencia psicológica, incluye la causal de injuria grave; un 33,33% está muy de acuerdo y un 30% está de acuerdo; así también en la entrevista N° 1, N° 2 y N° 3 de la entrevista aplicada, de acuerdo a la pregunta N° 3: *¿La injuria grave, como por ejemplo: la exhibición pública y notoria con una persona que no es el cónyuge, constituyen una forma de violencia psicológica?* (Respuesta de entrevista N° 1), "Siempre va a causar daño psicológico, en torno que esta persona se llegue a enterar, si se llega enterar, va a causar daño psicológico...", (Respuesta de entrevista N° 2), "Si, al final y al cabo, si yo me exhibo con otra pareja que no es mu cónyuge, el juramento que yo hice al momento de casarte; ósea si yo estoy exhibiéndome con otra persona, directamente causo daño psicológico". (Respuesta de entrevista N° 3), "Si, si viene de alguien que tiene una relación muy cercana, porque es una persona en que tú confías, de alguna forma se ve decepcionada y de hecho causa un daño".

GRÁFICO N° 03

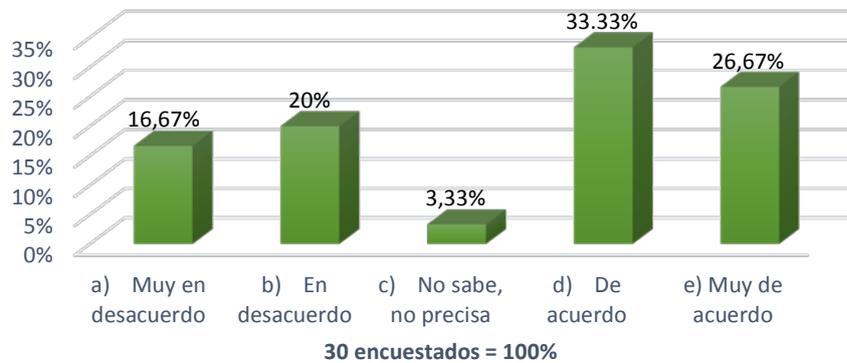


INTERPRETACIÓN:

En lo referente a la causal de violencia física y psicológica, en su parte de violencia física, incluye o comprende o guarda nexos con la causal de atentado contra la vida del cónyuge; un 46,67% está muy de acuerdo y 30% está de acuerdo. así también en la entrevista N° 1, N° 2 y N° 3 de la entrevista aplicada, de acuerdo a la pregunta N° 3: *¿Existe una relación entre la violencia física y psicológica y el atentado contra la vida de la pareja?* (Respuesta de entrevista N° 1), "Bueno si, por que es una cadena en espiral, primero siempre devienen en agresiones verbales, que la violencia psicológica, luego devienen las agresiones físicas, que constituyen la violencia física, para luego después terminar en golpes mucho más fuertes, e inclusive llegar a las amenazas...", (Respuesta de entrevista N° 2), " Si, la violencia empieza desde un insulto, que puede llegar a un empujón a un golpe e incluso llegar a un atentado contra la vida de un cónyuge, porque es un espiral en cadena indesignable; la violencia genera más violencia". (Respuesta de entrevista N° 3), " Si por supuesto, cuando hay problemas de este tipo la convivencia se ve alterada, ocurre en escalas dependiendo de la situación".

GRÁFICO Nº 04

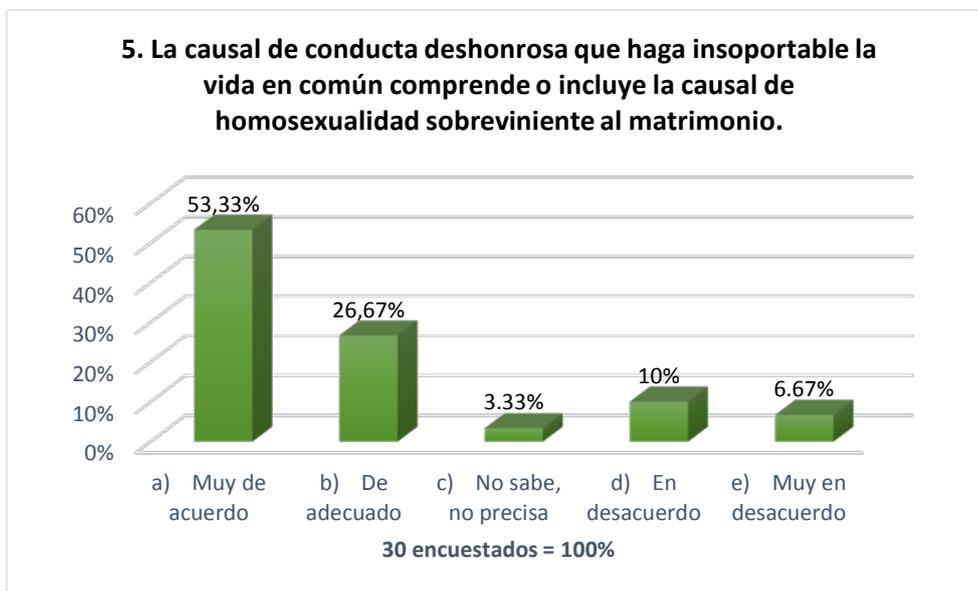
4. La causal de adulterio comprende o existe inclusión respecto de la causal de enfermedad grave de trasmisión sexual, al aceptarse el contagio (trasmisión de la enfermedad) como prueba de la infidelidad.



INTERPRETACIÓN:

Sobre la interrogante de la causal de adulterio, sobre si comprende o existe inclusión respecto de la enfermedad grave de trasmisión sexual, al aceptarse el contagio hacia el cónyuge inocente, como prueba de la infidelidad; un 33,33% está de acuerdo y 26,67% está muy de acuerdo.

GRÁFICO Nº 05

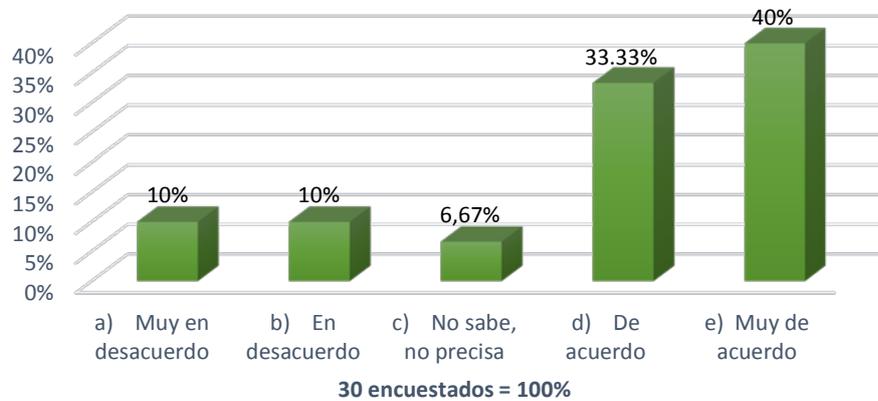


INTERPRETACIÓN:

La causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, comprende o incluye la causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio, al respecto, un 53,33% está muy de acuerdo y un 26,67% está de acuerdo.

GRÁFICO Nº 06

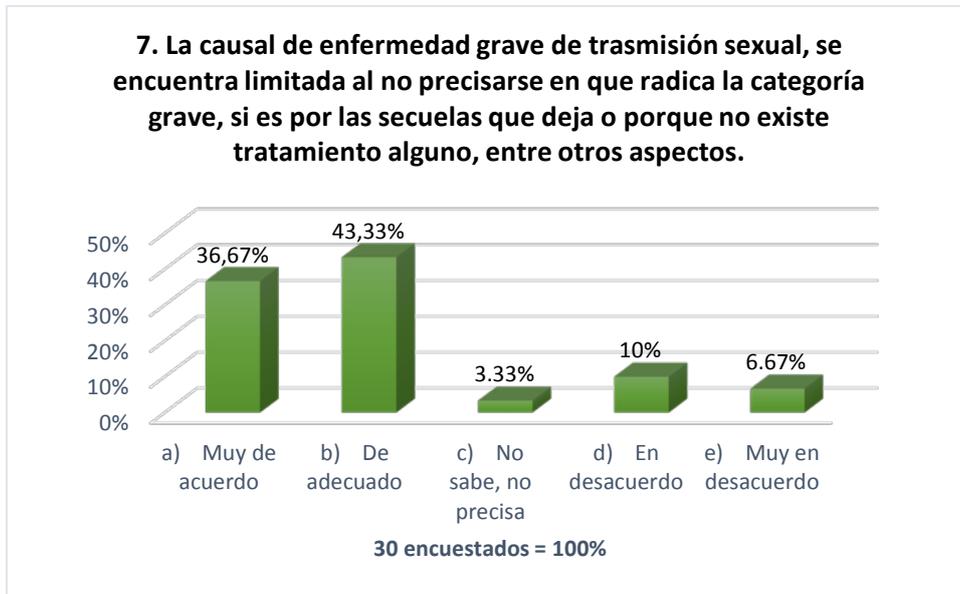
6. La causal de adulterio (entendida como una ofensa genérica) se encuentra limitada, al aceptarse como medio de prueba directa (en el caso del hijo extramatrimonial) el acta de nacimiento y excepcionalmente la de matrimonio celebrado en el extranjero.



INTERPRETACIÓN:

Sobre la causal de adulterio, que se encuentra limitada, al aceptarse como única prueba directa, el acta de nacimiento del hijo extramatrimonial, un 40% está muy de acuerdo y un 33,33% es de acuerdo.

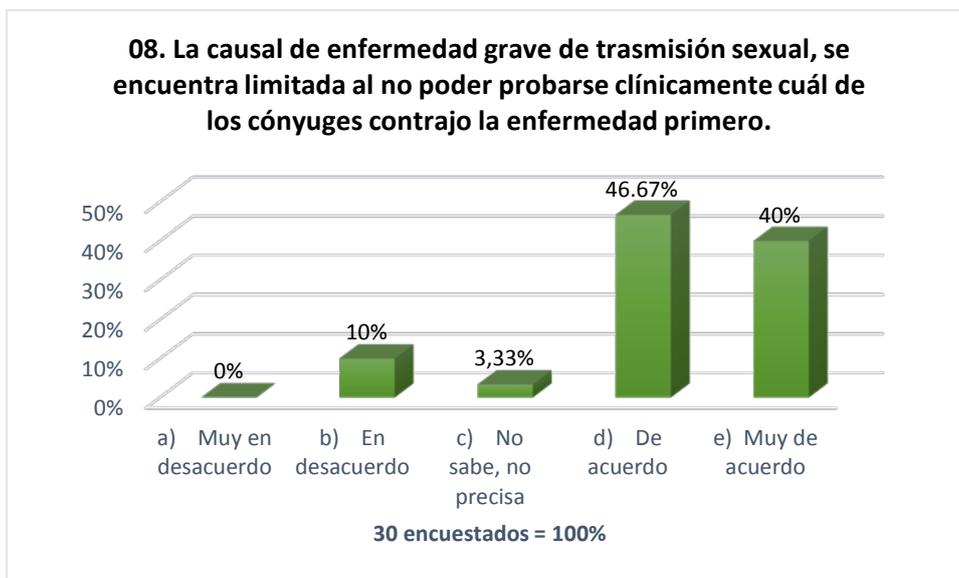
GRÁFICO Nº 07



INTERPRETACIÓN:

En la causal de enfermedad grave de transmisión sexual, que se encuentra limitada, al no poder precisarse en la ley en que radica la categoría de grave, o por las secuelas que deja, o falta de tratamiento, entre otras cuestiones; un 36,67% está muy de acuerdo y un 43,33% está de acuerdo.

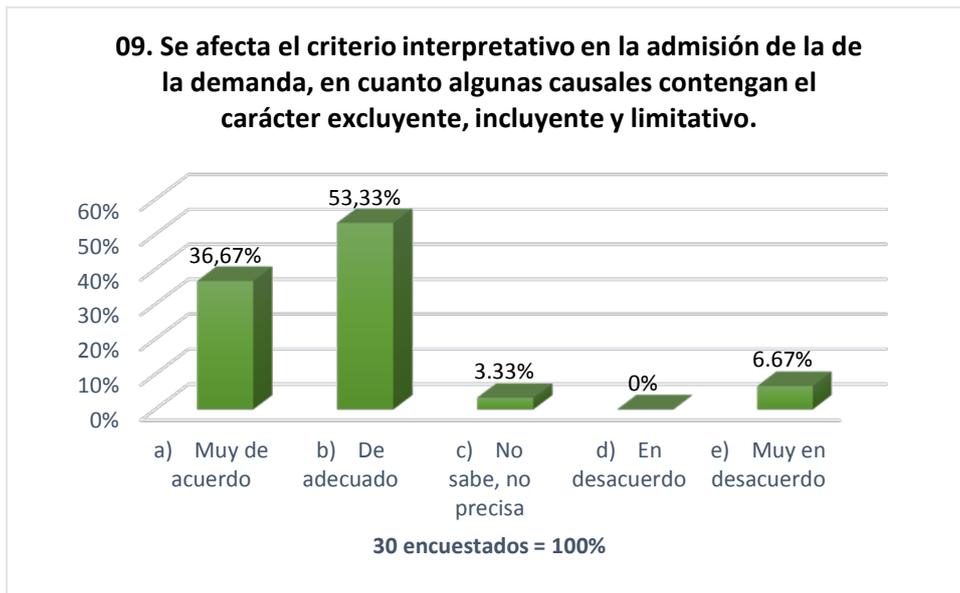
GRÁFICO N° 08



INTERPRETACIÓN:

En la misma forma, la enfermedad grave de transmisión sexual, se encuentra limitada, al no poder probarse clínicamente, cuál de los cónyuges contrajo la enfermedad primero; un 46,67% está de acuerdo y un 40% está de acuerdo; de la misma forma en la entrevista N° 1 al médico, mencionó que: " Solo mediante una entrevista, o la confesión sincera de una persona, pero clínicamente es imposible".

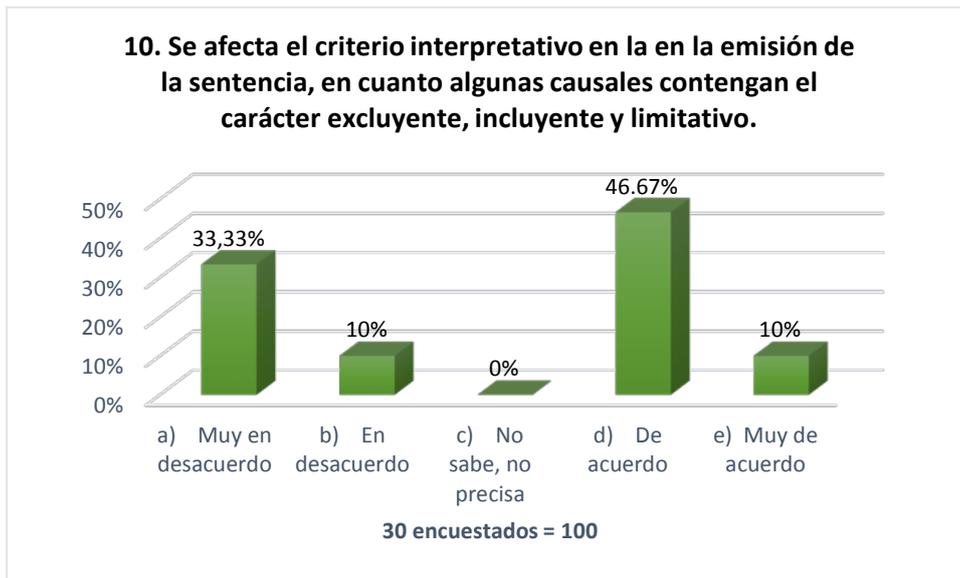
GRÁFICO N° 09



INTERPRETACIÓN:

Acerca de si se afecta el criterio interpretativo en la admisión de la demanda, en cuanto algunas enfermedades contengan el carácter de excluyente, incluyente y limitativo; un 53,33% está de acuerdo y un 36,67% está muy de acuerdo.

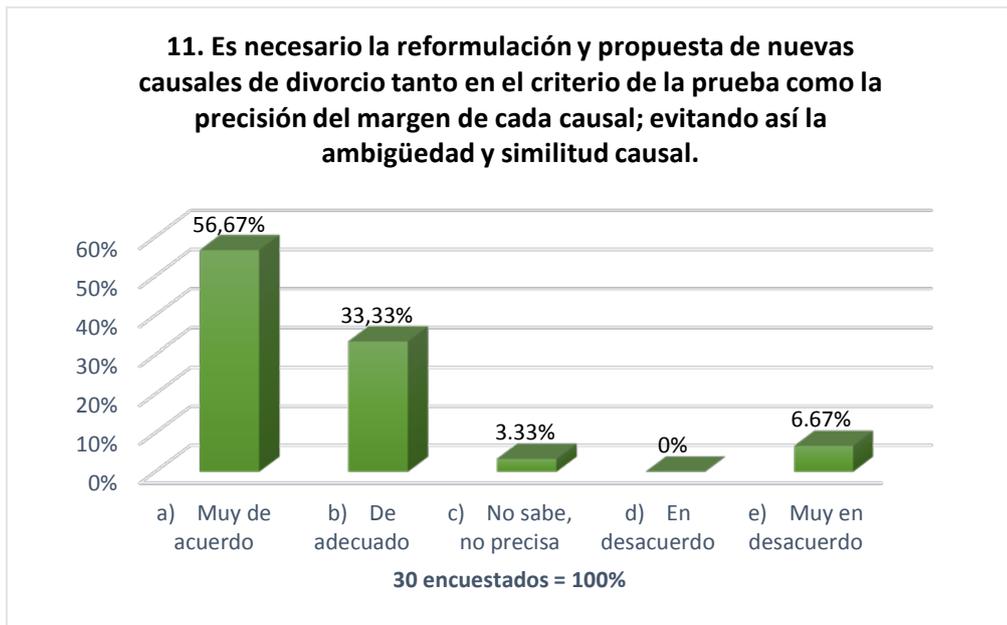
GRÁFICO Nº 10



INTERPRETACIÓN:

En cuanto a la afectación del criterio interpretativo en la emisión de la sentencia, en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, incluyente y limitativo; un 46,67% está de acuerdo.

GRÁFICO Nº 11

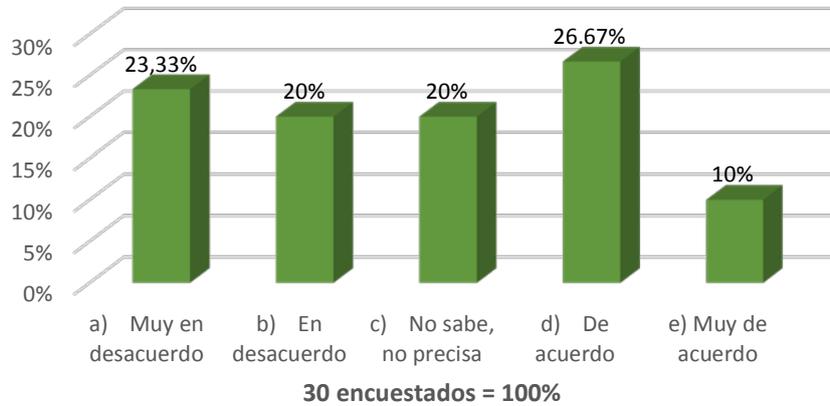


INTERPRETACIÓN:

Sobre la interrogante sobre si es necesario la reformulación y propuesta de nuevas causales de divorcio, tanto en el criterio de la prueba, como en la precisión del margen causal, para evitar la ambigüedad y similitud causal; un 56,67% está muy de acuerdo y un 33,33% está de acuerdo.

GRÁFICO N° 12

12. Se afecta directamente el principio de la tutela jurisdiccional efectiva, al haber imprecisión en el margen de algunas causales, como en su definición, la prueba, y la inclusión, comprensión y nexos con otras causales de divorcio.

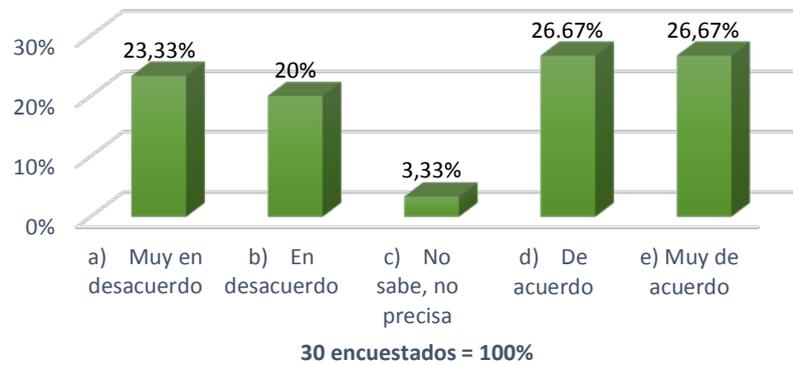


INTERPRETACIÓN:

En cuanto a la causal de violencia física y psicológica, en su parte de violencia psicológica, donde incluye la causal de conducta deshonrosa, un 26,67% está de acuerdo.

GRÁFICO Nº 13

13. Las causales de divorcio al tener el carácter de excluyente, incluyente y limitativo, favorece la imprecisión causal al atribuirse una causal por otra, como por ejemplo la violencia psicológica por la injuria grave.



INTERPRETACIÓN:

De la pregunta en donde se plantea que sobre que la causal de violencia física y psicológica, en su parte de violencia psicológica, incluye la causal de imposibilidad de hacer vida en común, un 26,67% está de acuerdo y muy de acuerdo.

4.3. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Para la comprobación de hipótesis, se ha tenido en cuenta los datos tomados en la muestra para la investigación, en los que incide directamente la variable independiente sobre la dependiente, en tal caso se pretende demostrar que la concurrencia de los objetivos de la investigación planteadas en un comienzo, han llevado a la prueba de las hipótesis planteadas, discurrendo así en proporciones significativas del análisis cualitativo en función de la estadística descriptiva, utilizando los porcentajes obtenidos para inferir de la información tabulada, así como de la entrevista realizada a profesionales de especialidad en medicina y psicología, la cual prestara para nuestra confirmación o rechazo de las hipótesis.

4.3.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

HIPÓTESIS 1:

"Las causales de divorcio que tienen el carácter de excluyente, comprensivo o vinculatorio, son los incisos 1, 2, 4, 6, 8 y 11 del art. 333° C.C."

En cuanto a los gráficos 2, 3, 4 y 5 que en conjunto con las entrevistas a médicos y psicólogos, en el sentido que la violencia psicológica incluye la causal de injuria grave al precisarse que un 33,33% está muy de acuerdo y un 30% está de acuerdo, la violencia física incluye y guarda nexos entre el atentado contra la vida del cónyuge, al graficarse que un 46,67% está muy de acuerdo y 30% está de acuerdo, de la misma forma el adulterio guarda nexos o incluye la causal de enfermedad grave de transmisión sexual, en donde se grafica que un 33,33% está de acuerdo y 26,67% está muy de acuerdo y la causal de conducta deshonrosa, incluye la causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio al precisarse que un 53,33% está muy de acuerdo y un 26,67% está de acuerdo.

Por lo tanto, se puede confirmar que la hipótesis, en el sentido que las causales de divorcio como el adulterio (inc. 1), la violencia física y psicológica... (inc. 2), el atentado contra la vida del cónyuge (inc. 3), la injuria grave... (inc. 4), la conducta deshonrosa... (inc. 6) y la enfermedad grave de transmisión sexual... (inc. 8); tienen el carácter de excluyente, comprensivo y vinculatorio, dado los índices de aprobación.

HIPÓTESIS 2:

"La manera como es determinante el criterio interpretativo en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial, es en cuanto a la correcta aplicación e interpretación de la norma jurídica".

En lo que respecta a los gráficos 9 y 10, en cuanto a la interrogante 9 de la encuesta, donde se afecta el criterio interpretativo en la admisión de la demanda, en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, incluyente y limitativo, donde un 53,33% está de acuerdo y un 36,67% está muy de acuerdo; y con respecto al gráfico 10, donde la interrogante 10 de la encuesta aplicada, que refiere, sobre si se afecta el criterio interpretativo en la en la emisión de la sentencia, en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, incluyente y limitativo, un 46,67% está de acuerdo.

Por lo tanto se procede a confirmar la hipótesis planteada en la investigación, donde se ve afectado el criterio interpretativo, tanto en la emisión del auto admisorio, al calificar la demanda, y en la emisión de la sentencia, pues no se aplica e interpreta correctamente la norma jurídica, al tener las causales de divorcio el carácter de inclusivo, limitativo y al guardar nexos; tal como se aprecia en los gráficos 2, la violencia psicológica incluye la causal de injuria grave, 33,33% de aprobación, el gráfico 3, la violencia física incluye y guarda nexos entre el atentado contra la vida del cónyuge, 46,67% y 30% de aprobación, el gráfico 4, el adulterio guarda nexos o incluye la causal de enfermedad grave de transmisión sexual, 33,33% y 26,67% de aprobación, el gráfico 5, la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común comprende o incluye la causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio, 53,33% y 26,67% de aprobación, el gráfico 7, la causal de enfermedad grave de transmisión sexual, se encuentra limitada al no precisarse en que radica la categoría grave, si es por las secuelas que deja o porque no existe tratamiento alguno, entre otros aspectos, 36,67% y 43,33% de aprobación y el gráfico 8, la causal de enfermedad grave de transmisión sexual, se encuentra limitada al no poder probarse clínicamente cuál de los cónyuges contrajo la enfermedad primero, 46,67% y 40% de aprobación.

HIPÓTESIS 3:

“La forma en que se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, inclusivo y limitativo, es la imprecisión al atribuirse la causal legal en la calificación de la demanda”.

En el gráfico 11, en lo que respecta a si se afecta directamente el principio de la tutela jurisdiccional efectiva, al haber imprecisión en el margen de algunas causales, como en su definición, la prueba, y la inclusión, comprensión y nexos con otras causales de divorcio, un 56,67% está muy de acuerdo; así también, el gráfico 12, que refiere a si las causales de divorcio al tener el carácter de excluyente, incluyente y limitativo, favorece la imprecisión causal al atribuirse una causal por otra, como por ejemplo la violencia psicológica por la injuria grave, un 26,67% está de acuerdo.

Enconches se procede a confirmar la hipótesis planteada, deduciendo así que se afecta directamente la tutela jurisdiccional efectiva, al tener las causales de divorcio el carácter de excluyente, incluyente y limitativo, lo cual favorece la impresión al atribuirse la causal en la demanda.

4.3.2. HIPÓTESIS GENERAL

El carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio, respecto al criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial, es determinante porque guardan ambigüedad y la similitud causal.

Entonces queda concluir de manera definitiva que las hipótesis específicas planteadas en la investigación o en el proyecto de investigación confirman la hipótesis general, en cuanto a que algunas causales de divorcio contenidas en el Código Civil, son muy ambiguas, ya que no se precisa con exactitud el margen de cada causal, pues algunas incluyen a otras, así como algunas causales guardan nexos y vínculos, y otras se encuentran limitadas por la prueba, lo cual es determinante en el criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial..

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

PRIMERA: Las causales de divorcio que tienen el carácter de excluyente, comprensivo o vinculatorio, son las causales de adulterio con la causal de enfermedad grave de transmisión sexual, de la misma forma la causal de violencia física y psicológica con la causal de injuria grave y atentado contra la vida del cónyuge, también la causal de conducta deshonrosa, con la causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio; por lo tanto se determina que existe ambigüedad y similitud causal.

SEGUNDA: Es determinante el criterio interpretativo en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial, porque ocurre que no hay una correcta aplicación e interpretación de la norma jurídica, pues algunas causales de divorcio subsumen a otra u otras, así como existen vínculos entre las mismas; y al mismo tiempo otras se encuentran limitadas por la prueba o su correcta interpretación, pues ocurre en la calificación de la demanda y en la emisión de la sentencia.

TERCERA: Existe afectación al principio de la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio por causal en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, inclusivo y limitativo, ya que la imprecisión al atribuirse la causal legal en la calificación de la demanda, influye directamente, ya que puede tomarse una causal por otra, como por ejemplo la violencia psicológica por la injuria grave.

CUARTA: Entonces queda claro que las causales de divorcio contenidas en el Código Civil, tienen un carácter de excluyente, porque algunas causales no guardan conexión, incluyente, porque algunas causales se vinculan o subsumen a otras y limitativo, porque algunas causales se encuentran limitadas por la prueba, y su margen definitorio; por lo que se demuestra que hay ambigüedad y similitud entre algunas casales de divorcio.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda enmarcar y definir el margen de cada causal en su campo de acción, evitando así la ambigüedad y similitud entre algunas causales de divorcio.
- Es necesario tratar algunas causales de divorcio de manera multidisciplinaria e interdisciplinaria.
- Es necesario que una vez admitida la demanda de divorcio, en su conjunto se tramite la medida cautelar de suspensión del deber de cohabitación, esto para resguardar la seguridad y proteger los derechos del cónyuge inocente.

ANEXOS

ENCUESTA

Dirigida a los Abogados litigantes civilistas en la especialidad Derecho de Familia, en el Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

El presente cuestionario tiene como objetivo primordial conocer cómo en el proceso de divorcio por causal, específicamente entre las causales, existe un carácter de inclusión, exclusión y límites entre las mismas, esto como parte de la investigación titulada: "EXCLUSIÓN, INCLUSIÓN Y LÍMITES ENTRE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN CUANTO AL CRITERIO INTERPRETATIVO PARA DECLARAR DISUELTO EL VÍNCULO MATRIMONIAL, TACNA".

INSTRUCCIONES:

Marca con un aspa (X) la alternativa que crea Ud. conveniente.

1. Las causales de abandono injustificado del hogar por más de dos años, la toxicomanía, la condena por delito doloso por más de dos años después de las nupcias, la separación de hecho por plazo legal o cuatro si tuvieran hijos, son excluyentes entre si y del resto de las demás causales.
 - a) Muy de acuerdo
 - b) De adecuado
 - c) No sabe, no precisa
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
2. La causal de violencia física y psicológica, en su parte de violencia psicológica, incluye la causal de injuria grave.
 - a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo
3. La causal de violencia física y psicológica, en su parte de violencia física, incluye, comprende o guarda nexos con la causal de atentado contra la vida del cónyuge.
 - a) Muy de acuerdo
 - b) De adecuado
 - c) No sabe, no precisa
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
4. La causal de adulterio comprende o existe inclusión respecto de la causal de enfermedad grave de transmisión sexual, al aceptarse el contagio (transmisión de la enfermedad) como prueba de la infidelidad.
 - a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo
5. La causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común comprende o incluye la causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
 - a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
6. La causal de adulterio (ofensa genérica) se encuentra limitada, al aceptarse como medio de prueba directa (en el caso del hijo extramatrimonial) el acta de nacimiento y excepcionalmente la de matrimonio celebrado en el extranjero.
 - a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo

7. La causal de enfermedad grave de transmisión sexual, se encuentra limitada al no precisarse en que radica la categoría grave, si es por las secuelas que deja o porque no existe tratamiento alguno, entre otros aspectos.
- a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
8. La causal de enfermedad grave de transmisión sexual, se encuentra limitada al no poder probarse clínicamente cuál de los cónyuges contrajo la enfermedad primero.
- a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo
9. Se afecta el criterio interpretativo en la admisión de la demanda, en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, incluyente y limitativo.
- a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
10. Se afecta el criterio interpretativo en la en la emisión de la sentencia, en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, incluyente y limitativo.
- a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo
11. Se afecta directamente el principio de la tutela jurisdiccional efectiva, al haber imprecisión en el margen de algunas causales, como en su definición, la prueba, y la inclusión, comprensión y nexos con otras causales de divorcio.
- a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo
12. Las causales de divorcio al tener el carácter de excluyente, incluyente y limitativo, favorece la imprecisión causal al atribuirse una causal por otra, como por ejemplo la violencia psicológica por la injuria grave.
- a) Muy en desacuerdo
 - b) En desacuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) De acuerdo
 - e) Muy de acuerdo
13. Es necesario la reformulación y propuesta de nuevas causales de divorcio tanto en el criterio de la prueba como la precisión del margen de cada causal; evitando así la ambigüedad y similitud causal.
- a) Muy de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) No sabe, no precisa
 - d) En desacuerdo
 - e) Muy en desacuerdo

ENTREVISTA A MÉDICO Nº 1

MÉDICO: Efrain Orcso Huarcaya

CARGO Y DEPENDENCIA: Médico a cargo del centro de referencia de ITS de Hospital Hipólito Unanue de Tacna

FECHA: 20 de Marzo de 2018

1. **¿Existe una clasificación concreta de las enfermedades de transmisión sexual; atendiendo a la mayor o menor gravedad?**
Si, existe por su etiología, por su proveniencia, su clasificación estructural biológica, puede ser virus, bacterias, hongos, protozoos, parásitos.
De mayor gravedad, podrían ser los que no tienen cura; y los de menor gravedad podrían ser los que se curan fácilmente.
2. **¿Cuáles enfermedades de transmisión sexual tienen la categoría de grave?**
Las que no tienen cura, como por ejemplo el VIH, virus del papiloma humano y herpes.
3. **¿Cuáles son los requisitos para ser calificada de grave la enfermedad de transmisión sexual?**
Que sea grave en el estado avanzado que pueda estar detectado, y los virus en general, por lo que no hay cura para ellos.
4. **¿Las enfermedades de transmisión sexual solo se contagian por la cópula sexual?**
No necesariamente, pueden contagiarse por medio de compartimiento de agujas, en una piscina, entre otras circunstancias, pero la gran mayoría sí.
5. **¿Del contagio de una enfermedad de transmisión sexual a otra persona, puede inferirse que no existe exclusividad en la intimidad sexual de la pareja?**
Primeramente, el contagio de las enfermedades de transmisión sexual, no son exclusividad de la cópula sexual, pues se puede contagiar por otros medios, por lo que puede inferirse que una persona haya contagiado a la otra.
6. **¿Se puede determinar con exactitud quien contrajo la infección de transmisión sexual primero, en una relación de pareja?**
Solo mediante una entrevista, o la confesión sincera de una persona, pero clínicamente es imposible.

ENTREVISTA A PSICÓLOGO Nº 1

PSICÓLOGO: Diana Briseño

CARGO Y DEPENDENCIA: Departamento de Psicología de la Universidad de Ciencias Empresariales Neumann

FECHA: 23 de Marzo del 2018

1. ¿La violencia psicológica solo se produce a través del maltrato con palabras? ¿La indiferencia o el abandono, también son parte de la violencia psicológica?

No, es parte las palabras, pueden a ser una parte de maltrato psicológico hacia la otra persona como insultos, palabras soeces, menospreciar a la persona, poner calificativos, adjetivos, menospreciando sí, pero no es la única forma; justamente con la primera pregunta, el hecho de que una persona sea indiferente o ignore a la otra haciéndola sentir mal, también es parte de la violencia, donde necesariamente radica una intencional, por ejemplo que una pareja discuta, y la otra no desea hablar, la calle, se vaya, totalmente la otra persona se queda llorando, ya se está impartiendo violencia porque de una u otra manera, se le puede decir discúlpame, hablamos más rato o simplemente tirarle la puerta en la cara e irte dos o tres días desaparecerse y al cuarto día luego regresar a tu casa, y como si nada hubiese pasado; y decir es que yo no le insulte, yo no le pegue, si pero te has ido cuatro días de tu casa, cuanto tenías a tu pareja o a tus hijos, en tu hogar esperándote y no has ni siquiera llamado, los has tenido con la incertidumbre, los has tenido a tus hijos llorando, has tenido a tu esposa pensando que tú te has muerto, pensando que te has ido con otra persona; y eso es violencia.

2. ¿Existe una relación entre la violencia física y psicológica y el atentado contra la vida de la pareja?

Bueno si, por que es una cadena en espiral, primero siempre devienen en agresiones verbales, que la violencia psicológica, luego devienen las agresiones físicas, que constituyen la violencia física, para luego después terminar en golpes mucho más fuertes, e inclusive llegar a las amenazas; el otro cónyuge en el intento de defenderse, utiliza objetos que pueden llegar a atentar contra la vida del otro cónyuge, y viceversa, pues ya existe un estado de violencia incontrolable.

3. ¿La injuria grave, como por ejemplo: la exhibición pública y notoria con una persona que no es el cónyuge, constituyen una forma de violencia psicológica?

Siempre va a causar daño psicológico, en torno que esta persona se llegue a enterar, si se llega enterar, va a causar daño psicológico, quien se puede sentir bien si alguien te enseña fotos de tu pareja besándose con otra u otra en un lugar, o ya si una persona pública que salga en la radio o en redes sociales

4. ¿Una injuria grave siempre causa un daño psicológico?

Exacto, siempre causa un daño psicológico, en torno a que esa persona se llegue a enterar, si llega a enterar, va a causar un daño psicológico, quien no se va sentir mal, si te dicen ve estas fotos, de tu pareja besándose con otro, o ya si es una persona publica que salga en la radio o en la televisión, o redes sociales... y puede ser directa o indirectamente. La violencia psicológica repercute más que la violencia física.

5. ¿Qué se entiende por incompatibilidad de caracteres?

Quiere decir que dos personas tienen carácter diferente, dos personas que van a tener diferente estructura de la personalidad, pueden ser de línea colérica, sanguíneos, flemáticos, depende la psicología; pero también hay otros motivos de la personalidad, como puede ser heredados o aprendidos, y lo aprendido se puede ir dando desde la infancia, te vas adaptando, constantemente aprendiendo. Intervienen factores ambientales, laborales, entre otras cosas.

6. **¿Que causa que una persona (cónyuge) no compatibilicen en sus caracteres, haciendo imposible la vida en común? ¿En qué tipo de parejas es más frecuente, parejas jóvenes, parejas adultas o parejas con hijos?**

Los factores, como la familia, los hijos la sociedad, la crianza, lo moral, las normas en casa como está estructurado.

Según mi experiencia donde se da más la incompatibilidad de caracteres es en los jóvenes, porque en ellos no está claro el proyecto familiar.

ENTREVISTA A PSICÓLOGO Nº 2

PSICÓLOGO: Lic. Roxana Ríos Vildoso

CARGO Y DEPENDENCIA: Área de Psicóloga del Hospital de la Solidaridad.

FECHA: 05 abril del 2018

1. ¿La violencia psicológica solo se produce a través del maltrato con palabras? ¿La indiferencia o el abandono, también son parte de la violencia psicológica?

Una de las características de la violencia psicológica es maltrato con palabras, pero también es la parte de los gestos; los gestos también dicen mucho con las palabras, la comunicación es muy amplia y no solamente nos comunicamos a través de la palabra, también nos comunicamos a través de los gestos. El abandono o ser indiferente a los requerimientos de tu familia, también es maltrato, ósea no ayudo en la salud, no apporto económicamente, si son parte de la violencia psicológica.

2. ¿Existe una relación entre la violencia física y psicológica y el atentado contra la vida de la pareja?

Si, la violencia empieza desde un insulto, que puede llegar a un empujón a un golpe e incluso llegar a un atentado contra la vida de un cónyuge, porque es un espiral en cadena indesigable; la violencia genera más violencia.

3. ¿La injuria grave, como por ejemplo: la exhibición pública y notoria con una persona que no es el cónyuge, constituyen una forma de violencia psicológica?

Si, al final y al cabo, si yo me exhibo con otra pareja que no es mu cónyuge, el juramento que yo hice al momento de casarte; ósea si yo estoy exhibiéndome con otra persona, directamente causo daño psicológico.

4. ¿Una injuria grave siempre causa un daño psicológico?

Siempre, un golpe se quita, me causa un hematoma, pero se borra, pero un daño psicológico, siempre queda; porque a una persona la puedes insultar maltratar decir muchas cosas y lo vuelves improductiva, una persona insegura, desconfiada, incapaz de poder generarme un trabajo; así tenga un carácter fuerte; pero tener una situación de maltrato continúa o permanente, genera maltrato psicológico.

5. ¿Qué se entiende por incompatibilidad de caracteres?

Cuando una forma un matrimonio o una sociedad conyugal, dentro esa sociedad o ese matrimonio se forma hábitos o costumbres, tradiciones y como pareja comenzamos asumir, y dentro de esto comenzamos a hacerlos nuestros o asumir que hábitos vamos a tener dentro de esto matrimonio y a veces no llegamos a compatibilizar, en tanto un trasfondo de violencia puede haber. Y siempre es de los dos, no es de uno.

6. ¿Que causa que una persona (cónyuge) no compatibilicen en sus caracteres, haciendo imposible la vida en común? ¿En qué tipo de parejas es más frecuente, parejas jóvenes, parejas adultas o parejas con hijos?

En casi todo tipo de parejas sucede, porque cuando empiezo a tener problemas o roces terminamos llegando a un divorcio, quizá sea más frecuente en las parejas jóvenes, porque no tienen un proyecto de vida ya formado.

ENTREVISTA A PSICÓLOGO Nº 3

PSICÓLOGO: Maryola Liendo Chipoco

CARGO Y DEPENDENCIA: Psicopedagoga y docente de la Universidad Privada de Tacna.

FECHA: 24 de marzo del 2018

1. ¿La violencia psicológica solo se produce a través del maltrato con palabras? ¿La indiferencia o el abandono, también son parte de la violencia psicológica?

No necesariamente, igual a veces el hecho de no hablarle constituye una violencia psicológica; la indiferencia y el abandono también son parte de la violencia psicológica.

2. ¿Existe una relación entre la violencia física y psicológica y el atentado contra la vida de la pareja?

Si por supuesto, cuando hay problemas de este tipo la convivencia se ve alterada, ocurre en escalas dependiendo de la situación.

3. ¿La injuria grave, como, por ejemplo: la exhibición pública y notoria con una persona que no es el cónyuge, constituyen una forma de violencia psicológica?

Si, desde el punto de vista que daña a la persona que es ofendida, obviamente hay un tipo de maltrato daño que se le está haciendo en su autoestima, en su confianza.

4. ¿Una injuria grave siempre causa un daño psicológico?

Si, si viene de alguien que tiene una relación muy cercana, porque es una persona en que tú confías, de alguna forma se ve decepcionada y de hecho causa un daño.

5. ¿Qué se entiende por incompatibilidad de caracteres?

Son formas de ser o temperamentos, que dentro de una convivencia no logran llevarse bien, por ahí puede haber choques, malos entendidos, y no logran tener una buena relación; y es siempre de los dos, porque hablamos de una pareja.

6. ¿Que causa que una persona (cónyuge) no compatibilicen en sus caracteres, haciendo imposible la vida en común? ¿En qué tipo de parejas es más frecuente, parejas jóvenes, parejas adultas o parejas con hijos?

Uno puede ser el nivel de madurez en las personas, su rigidez; hay muchas personas que son más cerradas en querer cambiar, en querer ceder, aquí debe de haber mucha aceptación cuando ambos pretenden convivir o hacer un matrimonio, entonces cuando no hay aceptación de ambos lados, es difícil compatibilizar.

PROPUESTA DE NUEVAS CAUSALES DE DIVORCIO

Son causales de divorcio:

1. *El adulterio en sí mismo, o surgido por contagio de una Infección de Trasmisión Sexual (ITS).*
2. *La violencia física y psicológica, hasta el atentado contra el cónyuge y los menores hijos.*
3. *El abandono injustificado y malicioso del hogar conyugal por más de un año continuo o en periodos distintos.*
4. *La conducta y exhibición deshonrosa, y el celo injustificado que haga insoportable la vida en común.*
5. *La toxicomanía y embriaguez habitual del cónyuge, con la salvedad de lo dispuesto por el artículo 347.*
6. *La condena a pena privativa de libertad por delito doloso a más de dos años, después de celebrado las nupcias.*
7. *La separación de hecho por plazo ininterrumpido de dos años; y cuatro años si hubiese hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.*

| PROPUESTA DE NUEVAS CAUSALES | CAUSALES VIGENTES (Art. 333 C.C.) |
|--|--|
| 1. <i>El adulterio en sí mismo, o surgido por contagio de una Infección de Trasmisión Sexual (ITS).</i> | Inc. 1: <i>El adulterio.</i> Inc. 8: <i>La enfermedad grave de trasmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.</i> |
| 2. <i>La violencia física y psicológica, hasta el atentado contra el cónyuge y los menores hijos.</i> | Inc. 2: <i>La violencia física y psicológica que el juez apreciara según las circunstancias.</i> Inc. 3: <i>El atentado contra la vida del cónyuge.</i> Inc. 4: <i>La injuria grave.</i> Inc. 11: <i>La imposibilidad de hacer vida en común.</i> |
| 3. <i>El abandono injustificado y malicioso del hogar conyugal por más de un año continuo o en periodos distintos.</i> | Inc. 5: <i>El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.</i> |
| 4. <i>La conducta y exhibición deshonrosa, y el celo injustificado que haga insoportable la vida en común.</i> | Inc. 6: <i>La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.</i> Inc. 9: <i>La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.</i> |
| 5. <i>La toxicomanía y embriaguez habitual del cónyuge, con la salvedad de lo dispuesto por el artículo 347.</i> | Inc. 7: <i>El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Art. 347.</i> |
| 6. <i>La condena a pena privativa de libertad por delito doloso a más de dos años, después de celebrada las nupcias.</i> | Inc. 10: <i>La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.</i> |
| 7. <i>La separación de hecho por plazo ininterrumpido de dos años; y cuatro años si hubiese hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.</i> | Inc. 12: <i>La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo 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.</i> |

DESARROLLO DE LA PROPUESTA DE LAS NUEVAS CAUSALES DE DIVORCIO

Son causales de divorcio:

1. *El adulterio en sí mismo, o surgido por contagio de una infección de Trasmisión Sexual (Its).*

El adulterio es la infidelidad sobreviniente al matrimonio, producto de la relajación marital existente, donde un tercero, ajeno a la relación conyugal es el punto discordante.

Por parte de la prueba, se tiene solo dos aspectos fundamentales y esenciales, uno lo es el contagio de una Infección de Trasmisión Sexual (ITS) y lo otro es el acta de nacimiento del hijo extramatrimonial; pero excepcionalmente se tiene la partida de matrimonio celebrado en el extranjero.

El adulterio, que se intenta probar con una Infección de Trasmisión Sexual (ITS), no debe radicar en la gravedad de la infección transmitida (contagio), ni mucho menos en alguna infección de trasmisión sexual determinada, solo basta que haya existido el contagio, lo cual es prueba suficiente para determinar el adulterio; con la excepción de que medie contagio de una "ITS" por descuido de algún profesional de la salud, esto siempre y cuando se estaba en tratamiento o alguna otra forma indeterminada que no conlleve a la infidelidad. Aparte de todo lo mencionado, se debe tener en cuenta que como medida cautelar, el juez debe dictar la suspensión del deber de cohabitación, pues por la premura de la situación, existe la posibilidad del contagio al cónyuge y más aun a la prole, que por propensión genere taras en el futuro, lo que hace más grave la causal de divorcio.

En el acta de nacimiento del hijo extramatrimonial, como prueba del adulterio, es razón suficiente para demostrar la falta al deber de la fidelidad hecha promesa en las nupcias; pero como punto aparte, pero muy importante, se debe tener en cuenta proteger la identidad del menor (hijo extramatrimonial), esto para salvaguardar el –principio del interés superior del niño–, pues no es razonable que la culpa de la ruptura del vínculo conyugal recaiga sobre el hijo que nació por fuera del matrimonio, y versa mayor razón que el acta de nacimiento sea prueba de la infidelidad.

El adulterio también puesto de manera manifiesta con tercera persona (que no es el cónyuge), donde se aprecia convivencia inmediata, el trato de pareja, y exhibición pública, hasta la manifestación amorosa (entre besos, abrazos, entre otras circunstancias), conforman parte de una relación adulterina; como así también lo es la declaración expresa de la convivencia con otra pareja que no es el cónyuge a quien se prometió fidelidad en el matrimonio –a confesión de partes, relevo de pruebas–.

2. La violencia física y psicológica, hasta el atentado contra el cónyuge y los menores hijos.

En lo que respecta a la violencia, que se según la ley enmarca dos aspectos, uno la violencia física y otro la violencia psicológica, los cuales guardan relación y tienen nexos importantes, uno es consecuencia del otro y viceversa.

Primigeniamente mitigaremos primero en la violencia psicológica, porque según la casuística, siempre deviene primero la agresión con el verbo, para luego decaer en una agresión corpórea; es entonces que la violencia psicológica es aquella que causa trauma en el cónyuge inocente, es decir, se usan improperios y ofensas, ya sean en lugares públicos o en lo privado del hogar, en donde se hiere hondamente la dignidad del cónyuge, provocando así, una disminución en su autoestima, según la doctrina, enmarca que la agresión (psicológica), puede muy bien ser de palabra o de obra; con palabras se tiene a las de calibre alto, donde se puede ofender al otro, y de obra puede ser aquellos actos destinados a ofender la honra, como lo es exhibir conductas íntimas.

Por maltrato físico, se entiende a aquellos actos que disponen la agresión corpórea, los cuales causen cortes, moretones, hematomas, equimosis, entre otras marcas en el cuerpo; estas descripciones execrables se pueden ocasionar con patadas, puñetes, o con objetos contundentes, punzocortantes, como palos, correas, piedras, cuchillos entre otros objetos destinados a lesionar o lacerar el cuerpo del cónyuge agraviado (inocente).

Lo que concierne al atentado (*animus necandi*), se enmarca en un camino distinto, pues según la doctrina existen actos preparatorios para realizar el crimen (*iter criminis*) y eventuales actores del crimen según sea la participación como autor, instigador o cómplice; todo aquello tiene como finalidad causar la muerte (–poner fin a la vida del cónyuge–). Una conexión que bien relaciona la causal de la violencia física y psicológica con el atentado contra la vida del

cónyuge, que de hecho el nexo es agobiante, es la secuencia de los actos en que todo aquello ocurre, pues la convivencia diaria (deber de cohabitación) lo demuestra, por lo general siempre comienzan con agresiones verbales (de palabra), que luego decaen en agresiones físicas, y es precisamente ahí, en las agresiones físicas, donde se encuentra la conexión con el atentado contra la vida del cónyuge, pues remilga una línea muy delgada entre ambas causales; que en el criterio del juez, debe apreciar aquellas lesiones graves como atentado contra la vida, prestando suma atención a la precisión de los golpes sean con patadas o puñetes (en la cabeza, rostro y demás partes blandas del cuerpo) u objetos con que se cause gran daño corpóreo (palos, piedras, cuchillos, martillo, etc.).

Como aspectos fundamentales que se deben tener en cuenta, como propuesta de esta causal de divorcio –La violencia física y psicológica, hasta el atentado contra el cónyuge–, es que tanto para la violencia y el atentado, no debe entrañar reiterancia ni mucho menos la continuidad, ósea la frecuencia con la que ocurra, pues como hemos descrito líneas atrás, no es necesario que se lleguen a daños irreparables, para fundamentar el divorcio, y lo más importante como medida cautelar, luego de una inusitada violencia, suspender el deber de cohabitación (inminente riesgo a una sucesión de violencia y hasta la muerte).

Entonces debe tenerse en cuenta la valoración de dos pericias psicológicas, para fundamentar la disolución del vínculo matrimonial (por causal de violencia psicológica), pues es importante el auxilio judicial para determinar qué tan grave son las injurias u ofensas, que no permitan la vida en común; por otro lado, en la violencia física, el juez si bien debe observar la prescripción del médico legista (quien enmarca los días de atención médico legal), no debe titubear en atención al grado de lesiones, sino más bien debe enmarcarse que si existen lesiones, que según la gravedad pueden llegar a alcanzar el atentado contra la vida; y esto llevado a un proceso penal, puede fundamentar más aun la causal de atentado contra la vida del cónyuge para disolver el divorcio.

En cuanto a la violencia ejercida en los hijos por parte uno de los cónyuges, es necesario, llegando al daño tanto psíquico como físico, es razón suficiente para declarar disuelto el vínculo matrimonial, pues el cónyuge que incurre en la causal, muchas veces no puede desquitarse con el otro cónyuge, y descarga todos los problemas en los menores hijos, llegando a convertirse ese maltrato de manera continua y reiterativa.

3. El abandono injustificado y malicioso del hogar conyugal por más de un año continuo o en periodos distintos.

Por el abandono injustificado y malicioso del hogar conyugal por el plazo legal (dos años) se tiene en cuenta, a aquella conducta del cónyuge culpable, donde se sustrae de las obligaciones propias del matrimonio (convivencia y cohabitación), y máxime aun si hubiera hijos de por medio, quienes los alimentos le son necesarios para su subsistencia.

En un comienzo se tiene primero al abandono injustificado, que es ignoto, no conocido, ya que de manera voluntaria el cónyuge se aleja del lecho conyugal, con paradero desconocido, y a sabiendas se sustrae de los deberes maritales como lo es la convivencia y la cohabitación, así también media los alimentos u otras deudas o cargas propias para el mantenimiento de la familia; hay que tener en cuenta el plazo legal de dos años, ya puedan ser de manera continua o en periodos distintos que sumados hacen dos años.

En lo que respecta al abandono malicioso del hogar conyugal –de misma forma aplica el plazo legal–, se enmarca en un abandono con conocimiento de causa, por lo tanto es el cónyuge culpable, que de manera irremediable se aleja del hogar conyugal, oponiendo excusas para faltar al deber marital, y con vejamen estridente, causa desequilibrio en la estabilidad del hogar; en lo que respecta al plazo, de la misma forma opera los dos años, sean de manera continua o en periodos distintos, que sumados superen los dos años.

4. La conducta y exhibición deshonrosa, y el celo injustificado que haga insoportable la vida en común.

La conducta e exhibición deshonrosa; entiéndase primero que es un "*números apertus*", pues se abre a un abanico de posibilidades de casos y conductas impropias e incorrectas de los cónyuges, por lo tanto, a manera de breve definición, es aquel acto moral donde el cónyuge culpable hiere hondamente a través de su conducta, la fama, el estima, el respeto de la dignidad y el honor que se había resguardado en el cónyuge inocente; además de alterar las buenas costumbres, faltar a la honestidad y el respeto de la familia, que al fin y al cabo conlleve a hacer insoportable la vida en común.

Aquellas conductas que hacen insoportable la vida en común, deben de ser de manera continua y reiterativa, ya que sobrepasan los límites del respeto y la

consideración que se deben tener ambos cónyuges. Como ejemplos de conductas o exhibiciones deshonestas se pueden mencionar a la vagancia u ociosidad, la homosexualidad manifestada como engaño, la prostitución, el libertinaje desentendido de obligaciones, la ludopatía, la exhibición de la intimidad ante terceros, las manías exageradas como compras compulsivas u acumulación de objetos sin sentido, entre otras conductas que alteren la convivencia y hagan insoportable la vida en común.

En cuanto al celo injustificado hasta el celo enfermizo, es aquella conducta reiterada de desconfianza sin motivo alguno, cabe dentro de esta conducta, el cuestionamiento sin razón alguna del horario tanto de entrada como de salida del hogar conyugal, así como de los lugares que frecuenta, o de las relaciones amicales tanto en el trabajo como en el ambiente familiar, o en cualquier situación de donde se dude de la fidelidad del cónyuge inocente.

Es más grave el celo injustificado, cuando la conducta cargada de dudas, molestia, insidia, hasta execrable del cónyuge culpable altere la armonía del trabajo del cónyuge perjudicado, siendo que se hiera profundamente su honor y dignidad como persona, y todavía peor cuando se afecte su entorno, sea amical, familiar o laboral, logrando desconfianza del cónyuge perjudicado o en todo caso duden del honor que se había proclamado por su forma de ser –trayectoria–, y que con el celo injustificado se haya destruido todo aquello que había construido, y de antemano esto conlleva a hacer insoportable la vida en común.

5. *La toxicomanía y embriaguez habitual del cónyuge, con la salvedad de lo dispuesto por el artículo 347.*

La toxicomanía o embriaguez habitual se enmarcan en la dependencia a la droga, al alcohol, u otras sustancias que causen dependencia en el cónyuge culpable, todo esto en cuanto se trata de señalar las adicciones o trastornos en la conducta del consorte (cónyuge culpable), estas constituyen prueba factible siempre y cuando pasen la prueba pericial por el profesional competente.

Por lo tanto se entiende que la toxicomanía y embriaguez habitual, son causal de divorcio, pues es, y resulta imposible lograr la convivencia, con el consorte adicto, nada supone la dependencia a sustancias alucinógenas o ebriedad; y más aún, si dentro de la familia se constituyen menores hijos, quienes en propensión a su desconocimiento o curiosidad, llegan a ingerir dichos alucinógenos u alcohol, que genera la dependencia al consorte o cónyuge

culpable, pues de antemano radicaría en un delito mayor como lo es la exposición al peligro; por lo tanto es razonable la suspensión de la cohabitación, por el peligro eminente que este representa.

Por otro lado, se entiende que tanto la dependencia a sustancias alucinógenas u alcohol, requiere la acreditación de un hábito irresistible que guarde continuidad y sea descontrolado, lo cual genere una conducta patológica.

6. La condena a pena privativa de libertad por delito doloso a más de dos años, después de celebrada las nupcias.

Solo basta la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad a más de dos años después de realizado la celebración del matrimonio; en tanto es necesario la existencia de sentencia firme, donde el cónyuge culpable (imputado), sea declarado culpable de un hecho tipificado en la sección de delitos de Código Penal, verse por acción u omisión.

Por tal razón, el cónyuge inocente tiene el derecho de acción para encaminar el divorcio por causal, pero quizá eso no ocurra pues existe un temor y miedo, ya que de acuerdo a la gravedad del delito y por la conducta criminal del cónyuge culpable, logran ocasionar una inestabilidad en la convivencia (el deber de cohabitación), en todo caso queda en acción del demandante petitionar la suspensión del deber de cohabitación y es discreción del juez otorgarla; por otro lado, también se tiene aquellos delitos políticos, donde si bien la condena supera la causal legal, no existe peligro en la convivencia pues la conducta delictuosa ha sido un relajamiento de la ética profesional; en todo caso es el cónyuge inocente quien tiene la potestad de entablar el divorcio por causal si fuese necesario.

7. La separación de hecho por un periodo 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.

La separación de hecho, es el alejamiento de los consortes (suspensión de la cohabitación), con el acuerdo o sin acuerdo expreso de ambos, es decir que la separación consiste en la dejación de hogar conyugal, por un plazo establecido por ley –dos años–, todo aquello para llegar a la separación definitiva (divorcio); también se desprende de la separación de hecho, que implica no solo dejar al cónyuge, sino también a la familia con la que se convive en el momento del

abandono del hogar conyugal; pero sin dejar de lado las obligaciones que con ella se tiene, como lo son alimentos.

En cuanto al abandono del hogar conyugal, el plazo es mayor –cuatro años–, si al momento del abandono hubiese hijos menores de edad, pues se entiende que el plazo mayor, es un castigo por romper y alejarse del hogar familiar, que se tenía con los menores hijos; por lo tanto también se enmarca un carácter indemnizatorio, que el juez en la demanda debe apreciar atendiendo a las circunstancias en que se dio el alejamiento.

PROYECTO DE LEY

"Ley que modifica el artículo 349º del Código Civil, referido a las causales de divorcio".

CONSIDERANDO:

En nuestro sistema legislativo, en el derecho civil, propiamente la parte de derecho de familia, el divorcio enumera las causales por las cuales puede concederse el divorcio, es decir, que tiene un carácter punitivo, ya sea que el cónyuge culpable que con su conducta, se enmarca dentro de una de las causales de divorcio, de forma deliberada o no, es el responsable de disolver el vínculo matrimonial.

La casuística enumera diversos casos por los cuales ocurre el divorcio, en la mayoría de casos, ocurre la infidelidad, en otros casos, ocurre la forma insostenible de llevar la vida marital, ya sea por uso de la violencia en su aspecto físico y psicológico, o porque faltar a los deberes familiares en el aspecto económico, o tal vez por el desgaste de la unión conyugal –forma de la convivencia: alejamiento por causa del trabajo, falta de expresión afectiva, etcétera–, entre otros casos.

Entonces tenemos que algunas causales de divorcio son muy ambiguas, pues en su definición no se enmarca bien el carácter del mismo, como así ocurre con la causal de violencia física y psicológica, donde esta causal en su aspecto psicológico, muy bien enmarca o engloba la injuria grave, o viceversa; es decir que existe nexos entre las mismas o que una contiene a la otra causal, tomando la misma causal (causal de violencia física y psicológica que el Juez apreciará según las circunstancias), podría muy bien agregarse la violencia contra los hijos menores de edad, variando su aspecto a una violencia familiar; tomando la anterior premisa, así también se puede agregar a la causal de atentado contra la vida del cónyuge, el atentado a la vida de los menores hijos –pues es insostenible, que quien violento contra los menores hijos o incluso atento contra la vida de los mimos, razonablemente no vaya a optar por la separación definitiva; así también tenemos el carácter limitativo de las causales de divorcio, donde la prueba es el aspecto fundamental, es así que en el adulterio solo se admite o se prueba tal causal, con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial, y excepcionalmente con la partida de matrimonio celebrado en el extranjero, en resumen, esta causal (adulterio) se

encuentra limitada por las pruebas antes mencionadas; pero a su vez puede agregarse como sugerencia la prueba del contagio de una Infección de Trasmisión Sexual (ITS), siendo así extensivo el alcance en cuanto a la prueba del adulterio.

Es necesario señalar que el problema planteado, podría servir como un punto de partida para analizar otros artículos relacionados con las causales de divorcio o el divorcio en sí, esto en lo referente al derecho de familia tratado en el Código Civil.

FÓRMULA LEGAL

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:
HA DADO LA SIGUIENTE LEY:**

"LEY QUE REGULA LA VINCULACIÓN E INCLUSIÓN Y PROPUESTA, ENTRE ALGUNAS CAUSALES DE DIVORCIO, PARA UN CORRECTO CARÁCTER INTERPRETATIVO".

Artículo 1: Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto incluir y vincular algunas causales, así como proponer nuevas causales de divorcio.

Artículo 2: Modificación

Modifíquese las nuevas causales de divorcio, para su aplicación; en el artículo 349º del Código Civil, del Libro de Derecho de Familia, que a la letra son:

Son causales de divorcio:

- 1. El adulterio en sí mismo, o surgido por contagio de una Infección de Trasmisión Sexual (ITS).*
- 2. La violencia física y psicológica, incluyendo el atentado contra la vida del cónyuge el cónyuge y los menores hijos.*
- 3. El abandono injustificado y malicioso del hogar conyugal por más de un año continuo o que sumados den el mismo tiempo.*

4. *La conducta y exhibición deshonrosa, y el celo injustificado que haga insoportable la vida en común.*
5. *La toxicomanía y embriaguez habitual del cónyuge, con la salvedad de lo dispuesto por el artículo 347.*
6. *La condena a pena privativa de libertad por delito doloso a más de dos años, después de celebrada las nupcias.*
7. *La separación de hecho por plazo ininterrumpido de dos años; y cuatro años si hubiese hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.*
8. *La separación convencional, después de transcurrido dos años de celebrado el matrimonio (entendiéndose que no es una causal de divorcio, sino un mutuo acuerdo de separación entre los cónyuges).*

Artículo 3: Norma Derogada

Deróguese las causales de divorcio contenidas en el artículo 349º del Código Civil, del libro de Derecho de Familia.

Artículo 4: Ámbito de aplicación.

Las disposiciones contenidas en la presente ley son de estricta aplicación en todos los procesos judiciales.

Artículo 5: Vigencia.

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Las causales de divorcio tratadas en el Código Civil de 1984 en su artículo 333º —separación de cuerpos— expresado en doce causales de divorcio (incisos del 1 al 12), con la excepción del inciso trece que a la letra está referido: “*La separación convencional, después de transcurrido dos años de celebrado el matrimonio*” (art. 349º), entender básicamente cada una de las causales revisando ampliamente la terminología, doctrina y jurisprudencia y en especial manera la ley misma (Ley N° 27495).

Desde un aspecto social relevante, el divorcio busca la ruptura del vínculo matrimonial a una vida marital insostenible, pues ya sean por habladurías, injustificadas injerencias o costumbres populares de los parientes o vecinos cercanos, de los cónyuges, los cuales con sus conductas propician aún más el rompimiento matrimonial; otro aspecto es el estigma social del divorcio, pues no es bien visto, que una madre viva solo con sus hijos, o caso contrario, un padre viva solo con sus hijos, pues nada tiene que ver la evolución de la familia, en este caso familias monoparentales, con la insalvable ruptura del vínculo matrimonial por alguna causal de divorcio.

En el aspecto procesal, el divorcio, debe de dotar en quienes buscan la disolución del vínculo matrimonial, encuentren en las causales de divorcio eficacia, justicia; la eficacia desde un punto de vista del planteamiento de la demanda, pues es de conocerse, que cuando se inicia un proceso, el Juez no admite la demanda, porque la misma no está bien planteada, como ocurre con la causal de adulterio, pues la infidelidad solo se puede probar con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial, o en caso que la admita, varia la causal por una de injuria grave; generando así una alteración al debido proceso y otros presupuestos procesales. Lo que se busca con la justicia, es que quien fue el causante de ocasionar el divorcio, de alguna forma repare el daño causado, ya que nuestro ordenamiento solo contempla un aspecto patrimonial como reparación.

En el aspecto teórico pretende precisar las definiciones exactas para cada causal de divorcio, pues como hemos referido anteriormente algunas causales de divorcio caen en la ambigüedad y en otras causales existe inclusión, unas engloban a otras.

Como relevancia jurídica, se pretende enmarcar el resumen de las causales de divorcio, así como vincular algunas causales con otras y proponer pruebas para algunas causales, y replantear algunas causales de divorcio contenidas en el Código Civil.

Lo ortodoxo de la ley me propone una justificación secundaria, pero a la vez importante, en donde es anticiparse a los problemas interpretativos y la evolución jurídica de las normas, ya que estas van de la mano con la sociedad; la sociedad aumenta en problemas y por se deben ser más justas, eficaces y válidas.

Es por lo tanto que existe entre algunas causales de divorcio, un carácter de inclusión y vínculos indesligables, así también es evidente que algunas causales se encuentran limitadas por la prueba, como son las pruebas objetivas o directas, no

ocurre lo mismo con las pruebas subjetivas. Así también es necesario incluir nuevas causales de divorcio como lo es el celo injustificado, y dejar de aplicar otras por desuso y lo difícil de poder determinar, como lo es la causal de imposibilidad de hacer vida en común; todo lo mencionado versa en un mejor carácter interpretativo específicamente de las causales de divorcio reguladas en el Código Civil.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley, no genera ni demandará gasto alguno al erario nacional; por lo contrario, ayudará a tener un mayor criterio y certeza en los jueces.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su publicación.

Lima, Junio de 2018

MATRIZ DE CONSISTENCIA

| PREGUNTAS | OBJETIVOS | HIPÓTESIS | METODOLOGÍA |
|--|---|--|--|
| PREGUNTA GENERAL | OBJETIVO GENERAL | HIPOTESIS GENERAL | TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN |
| ¿El carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio, determina el criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial, Tacna, 2016? | Demostrar cómo el carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio, determina el criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial. | El carácter excluyente, inclusivo y limitativo entre algunas causales de divorcio, respecto al criterio interpretativo para declarar disuelto el vínculo matrimonial, es determinante porque guardan ambigüedad y la similitud causal. | <p style="text-align: center;">TIPO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>El tipo de investigación que se utilizó es pura o básica, ya que este tipo de investigación se ocupa de la búsqueda de nuevos conocimientos sin objetivos prácticos, específicos.</p> <p>En este caso el propósito que seguimos solamente va dirigido a establecer, analizar y describir el problema.</p> |
| PREGUNTAS ESPECIFICAS | OBJETIVOS ESPECÍFICOS | HIPOTESIS ESPECIFICAS | DISEÑO DE INVESTIGACIÓN |
| <ul style="list-style-type: none"> – ¿Qué causales de divorcio tienen el carácter de excluyente, inclusivo y limitativo? – ¿Cómo determina el criterio interpretativo en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial? – ¿Cómo se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, inclusivo y limitativo? | <ul style="list-style-type: none"> a) Precisar qué causales de divorcio tienen el carácter de excluyente, comprensivo y vinculatorio. b) Mencionar cómo determina el criterio interpretativo en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial. c) Indicar cómo se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, inclusivo y limitativo. | <ul style="list-style-type: none"> a) Las causales de divorcio que tienen el carácter de excluyente, inclusivo y limitativo, son los incisos 1, 2, 4, 6, 8 y 11 del art. 333º C.C. b) La manera como determina el criterio interpretativo en las causales de divorcio para declarar disuelto el vínculo matrimonial, es en cuanto a la correcta aplicación e interpretación de la norma jurídica. c) La forma en que se afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el divorcio en cuanto algunas causales contengan el carácter excluyente, inclusivo y limitativo, es la imprecisión al atribuirse la causal legal en la calificación de la demanda. | <p style="text-align: center;">DISEÑO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>El diseño de investigación es DESCRIPTIVO EXPLICATIVO y SOCIO JURÍDICA porque establece, analiza y describe, el porqué de un problema, explicando sus efectos en la investigación.</p> |

BIBLIOGRAFÍA

- Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía (1990), "Derecho de Familia y Sucesiones", Industria Editorial Mexicana – Harla S.A., México D.F. – México.
- Barreto Muga, Augusto (1994), "Manual teórico práctico de los procesos judiciales", Tomo I, Séptima Edición, Editora Fecat E.I.R.L., Lima – Perú.
- Bermúdez Tapia, Manuel (2009), "Divorcio y Separación de Cuerpos", Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L. Lima – Perú.
- Borda, Guillermo A. (1984), "Tratado de Derecho Civil", séptima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires – Argentina.
- Cabello, Carmen Julia (1995), "Divorcio y Jurisprudencia en el Perú", Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, primera edición, Lima – Perú.
- Cabello, Carmen Julia (2010), "El Divorcio Internacional: Competencia judicial internacional directa", Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima – Perú.
- Campana Valderrama, Manuel María (2003), "Derecho y Obligación Alimentaria", Jurista Editores, segunda edición, Lima – Perú.
- Carbonell Lazo, Fernando R. y otros (1996), "Código Civil – Comentado, Concordado y Anotado", Ediciones Jurídicas, Lima – Perú.
- Cornejo Chávez, Héctor (1988), "Derecho Familiar Peruano: Sociedad Conyugal", Tomo I, séptima edición, Librería Studium S.A., Lima – Perú.
- Corral Talciani, Hernán (2005), "Derechos y Derechos de la Familia", primera Edición, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima – Perú.

- Fernández Revoredo, Marisol (2013), “Manual de Derecho de Familia”, Pontificia Universidad Católica del Perú, primera Edición, Lima – Perú.
- Flury, Hans A. (2007), “El Contrato Prematrimonial en el Perú – Una Aproximación Práctica”, primera edición, Editatu, Lima – Perú.
- Gonzales Linares, Nerio (2014), "Lecciones de Derecho Procesal Civil: El proceso civil peruano", Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú.
- Hawie Lora, Illian Milagros (2015), "Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia", primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú.
- Herrera Navarro, Santiago (1997), “El Proceso de Divorcio”, Marisol Perú Editores S.A., primera edición, Trujillo – Perú.
- Hinostroza Minguez, Alberto (2007), “Proceso de separación de cuerpos y divorcio”, primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú.
- Hinostroza Minguez, Alberto (2008), “Jurisprudencia Procesal Especial: La Prueba en la Jurisprudencia Casatoria”, Tomo I, primera edición, Idemsa S.A., Lima – Perú.
- Hinostroza Minguez, Alberto (2016), “Proceso de Separación de Cuerpos y Divorcio”, cuarta edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú.
- Hinostroza Minguez, Alberto (2017), "Procesos judiciales derivados del Derecho de familia", segunda edición, Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L. Lima – Perú.
- Jara, Rebeca S. y Gallegos, Yolanda (2012), “Manual de Derecho de Familia”, Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú.
- Jara Quispe, Rebeca S. y Gallegos Canales, Yolanda (2014) "Manual de Derecho de Familia – Doctrina, Jurisprudencia y Práctica", Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú.
- Mejía Salas, Pedro (2006), “Derecho de Alimentos”, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima – Perú.

- Montoya Calle, Mariano (2006), “Matrimonio y separación de hecho”, primera edición, Editorial San Marcos, Lima – Perú.
- Morineau Iduarte, Marta y Iglesias González, Román (1987), “Derecho Romano”, Tercera Edición, Universidad Autónoma de México, Editorial Harla S.A., México D.F. – México.
- Peralta Andía, Javier Rolando (1995), “Derecho de Familia en el Código Civil”, segunda edición, Editorial Idemsa, Lima – Perú.
- Peralta Andía, Javier Rolando (2010), “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, segunda parte, primera edición, Fondo Editorial UPT, Tacna – Perú.
- Plácido Vilcachagua, Alex F. (2001), “Divorcio: Reforma del Régimen de Decaimiento y disolución del Matrimonio”, primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú
- Plácido Vilcachagua, Alex F. (2008), “Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil”, primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú.
- Quispe Salsavilca, David Percy (2002), “El Nuevo Régimen Familiar Peruano”, Editorial Cuzco S.A.C., Lima – Perú.
- Ramírez Cruz, Eugenio Maria (2008), “Manual Práctico: Procesal Civil y Comercial”, tercera edición, tomo I, Editorial Idemsa, Lima – Perú.
- Taramona H., José Rubén (1988), “Derecho de Familia: Manual Teórico – Práctico del Juicio de Divorcio y Separación de Cuerpos, Jamse Editores, segunda edición, Lima – Perú.
- Torres Maldonado, Marco Andrei (2016), “La Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia”, primera edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú.
- Torres Vásquez, Anibal y otros (2003); "Derecho de Familia: Materiales de Lectura Especializada"; Colegio de Abogados de Lima, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima – Perú.

- Umpire Nogales, Eulogio Rolando (2005), “El Divorcio y Sus Causales”, Editorial – Librería y Ediciones Jurídicas, Lima – Perú.
- Varsi Rospigliosi, Enrique (2007), “Divorcio y Separación de Cuerpos”, Editora Jurídica Grijley, E.I.R.L. Lima – Perú.
- Varsi Rospigliosi, Enrique (2012), “Tratado de Derecho de Familia”, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú.
- Vásquez García, Yolanda (1998), “Derecho de Familia” Tomo I, Editorial Huallaga, Lima – Perú.
- Zumaeta Muñoz, Pedro (2014), “Temas de Derecho Procesal Civil”, segunda edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima – Perú.

FUENTE WEBGRÁFICA

- Cabello Matamala, Carmen Julia [En línea], “El Divorcio en el Derecho Peruano”, artículo alojado en la web, año 2009, Madrid - España, disponible en la página web: http://aulavirtual.upsjb.edu.pe/Downloadfile/Docente/divorcio_der echo%20peruano.pdf [fecha de consulta: 28/05/15]
- Casteñeda Rivas, Maria Leoba [En línea], “El Divorcio sin causa rompe la organización de la familia y desprotege a sus miembros”, artículo alojado en la biblioteca virtual jurídica de la Universidad autónoma de Mexico, año 2012, Instituto de investigación jurídica de la UNAM, Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr /dtr4.pdf> [Consulta el 30 de Julio de 2015]
- Lozano Corbi, Enrique [en línea], “La cusa más conflictiva de disolución del matrimonio: desde la antigua sociedad romana hasta el derecho justiniano”, año 1997, artículo alojado en la web, Zaragoza – España, disponible en la página web: <http://dialnet.unirioja.es> [fecha de consulta: 28/05/15]
- Miranda Canales, Manuel [En línea], “Nuevas Causales de la Separación de Cuerpos y del Divorcio Incorporados por la ley 27495”, artículo alojado en la web, Lima - Perú, disponible en el sitio virtual web: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4afa1c8046d4714aa21ca 344013c2be7/nuevas_causales_separacion_cuerpos+C+4.+3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4afa1c8046d4714aa21ca344013c 2be7 [fecha de consulta: 28/05/15],
- Roizblatt, Arturo [En línea], “Divorcio y Familia – Antes, Durante y Después”, artículo alojado en la biblioteca virtual E-Libro, año 2013, Editorial RIL Editores, Disponible: <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauptsp/reader.action?docID=108 62077> [Consulta el 28 de Junio de 2015].

REVISTAS

- Cervantes Teodoro, Juan Carlos; "Podríamos hacer un control difuso al 2º párrafo del artículo 354 del Código Civil", *Diálogos con la Jurisprudencia: Jurisprudencia Civil Extramatrimonial*, (Número 117): junio, 2008. pág. 152
- Defensoría del Pueblo, "Lineamientos para una reforma normativa en materia civil sobre temas vinculados a la defensa y protección de los derechos de las mujeres", primera edición, serie de documentos defensorías (documento número 24): enero, 2013, pág. 45
- *Gaceta Civil & Procesal Civil*, "Enfermedad de transmisión sexual como causal de divorcio", *Diálogos con la Jurisprudencia: Actualidad jurisprudencial para jueces, fiscales y abogados litigantes*, (Número 216): setiembre, 2016. pág. 103
- Gamarra Barrantes, Camila; "La causal de divorcio de enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio", *Gaceta Civil & Procesal Civil* (Numero 40): Octubre: 2016, pág. 151
- *Plenos Jurisdiccionales: Civil/Familia/Penal/Laboral* (2002), Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo – Perú.
- *Gaceta Civil & Procesal Civil* (2016); "Los Plenos Civiles Vinculantes de la Corte Suprema", primera edición, *Gaceta Jurídica S.A.*, Lima – Perú.
- Quevedo Pereyra, Gastón Jorge; "La imposibilidad de hacer vida en común vs. La incompatibilidad de caracteres", *Diálogos con la Jurisprudencia: Jurisprudencia Civil Extramatrimonial*, (Número 121): octubre, 2008. pág. 121
- Rodríguez Campos, Rafael; "Los celos enfermizos son causal de divorcio: Apuntes sobre la sentencia T-967/14 de la Corte Constitucional de Colombia", *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* (Tomo 86): febrero, 2015, pág. 251