

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA

(CREADA POR Ley Nro. 25265)



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

E.A.P. DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS

**"EJECUCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PARA EL CONYUGUE
PERJUDICADO, COMO CONSECUENCIA DE LA CAUSAL
DE LA SEPARACIÓN DE HECHO, EN EL JUZGADO DE
FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
HUANCAMELICA DURANTE EL AÑO - 2012"**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO PRIVADO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PRESENTADO POR EL BACHILLER:

HUAMAN ENRIQUEZ, YADIRA

HUANCAMELICA - 2014



Universidad Nacional de Huancavelica
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

En los ambientes transitorios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Residencia Estudiantil de la UNH – Paturpampa a los 01 Días del Mes de Abril de 2014 siendo las 4.00 p.m., se reunieron el Jurado Calificador designado conformado por:

Presidente: Mag. DENJIRO FELIX DEL CARMEN IPARRAGUIRRE

Secretario: Abog. JOB JOSUE PEREZ VILLANUEVA

Vocal: Abog. NADIA MILAGROS SANCHEZ GARCIA

Designados mediante Resolución de Consejo Decanal N° 080-2014 del 31. Marzo 2014.....Proyecto de Investigación:

"Ejecución de la indemnización para el conyugue perjudicado, como consecuencia de la causa de la separación de hecho, en el juzgado de familia de la corte superior de justicia de Huancavelica durante 2012".

Cuyo autor es:

BACH. *Yadira Shamán Esquivel*

A fin de proceder a la evaluación, se invito al público presente y a la sustentante abandonar el recinto; y luego de la correspondiente deliberación por parte del jurado, se llegó a al siguiente resultado:

APROBADO (X)

POR.- *Mayra*

DESAPROBADO ()

Es conformidad a lo actuado, suscribimos al pie con nuestras firmas.

[Firma]
PRESIDENTE

[Firma]
SECRETARIO

[Firma]
VOCAL

CONTENIDO

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO.....	5
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCION	8
CAPÍTULO I:	10
1.1. Planteamiento del Problema.....	10
1.2. Formulación del Problema	11
1.3. Objetivos:	11
1.3.1. General:.....	11
1.3.2. Específico:	11
1.4. Justificación	12
1.4.1. Relevancia social:	12
1.4.2. Relevancia jurídica:	12
1.4.3. Relevancia práctica:	13
1.5. Delimitaciones:	13
1.5.1. Teóricas:.....	13
1.5.2. Temporal:.....	13
1.6. Limitaciones:	14
CAPITULO II:	15
MARCO DE REFERENCIAS	15
2.1. ANTECEDENTES DE ESTUDIO:	15
2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.....	15

2.1.2.	A NIVEL NACIONAL	15
2.1.3.	A NIVEL LOCAL.....	16
2.2.	BASES TEORICAS:	17
2.2.1.	LA FAMILIA	17
2.2.2.	EL MATRIMONIO.....	27
2.2.3.	EL CONCUBINATO Y LAS UNIONES DE HECHO	46
2.2.4.	CRISIS MATRIMONIALES.....	47
2.2.5.	SEPARACION DE HECHO	63
2.3.	DEFINICION DE TERMINOS BÁSICOS.....	87
2.4.	HIPÓTESIS	89
2.4.1.	Identificación de Variables e indicadores.	89
CAPITULO III:.....		92
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN		92
3.1	ÁMBITO DE ESTUDIO:	92
3.2	TIPO DE INVESTIGACIÓN:.....	92
3.3	NIVEL DE INVESTIGACIÓN:.....	93
3.4	MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:	93
3.5	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:	93
3.6	POBLACIÓN, MUESTRA, MUESTREO:.....	94
3.7	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:	94
3.8	PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS:	94
3.9	TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS:	95
CAPITULO IV:.....		96
PRESENTACION DE RESULTADOS		96
4.1	PRESENTACION DE RESULTADOS	96
CONCLUSIONES		105
BIBLIOGRAFÍA.....		107
ANEXOS		109

CON TODO MI APRECIO A MIS
PADRES HUMBERTO Y LEONIZA Y A MIS
HERMANOS, QUE PESE A LA DISTANCIA NO
HAN DEJADO DE BRINDARME SU APOYO
INCONDICIONAL .

AGRADECIMIENTO

Quiero permitirme agradecer; de una manera especial a mis padres y hermanos, que han sido la inspiración en mi para la consecución de mis objetivos, y el motor para levantarme a diario con ganas de ganarle a la vida; por otro lado quiero agradecer a mis maestros de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Huancavelica por haber volcado su sabiduría y experiencias en los claustros universitarios a fin de que nosotros sus alumnos avizoráramos nuevos horizontes de éxito, y a Dios por su infinita misericordia y por no dejarme caer en ninguna situación atroz.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación denominado "La ejecución de la indemnización para el cónyuge perjudicado, como consecuencia de la causal de separación de hecho, en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica durante el año 2012"; el tema tratado se desarrollara teniendo como soporte las diversas instituciones jurídicas del derecho civil específicamente el derecho de familia; como es la familia, el matrimonio y finalmente la disolución del vínculo matrimonial como lo es el divorcio estando dentro de esta institución el meollo del presente trabajo de investigación como es la causal de Separación de Hecho; el tipo de investigación que se utilizara será descriptivo y explicativo, de acuerdo a las situaciones socio/jurídicos que se obtienen de los expedientes judiciales pertenecientes al Juzgado de Familia, para demostrar la hipótesis planteada y dar una solución de carácter jurídico social, al problema señalado; por otro lado la población tomada en consideración para el presente lo constituye 65 sesenta y cinco expedientes judiciales civiles; los mismos que han sido tramitados en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica durante el año 2012; constituyendo la muestra 52 cincuenta y dos, expedientes que han sido tramitados en el Juzgado de Familia; después de todo el desarrollo pertinente del presente trabajo de investigación se ha podido llegar a la conclusión que si bien el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica ha emitido sentencias donde reconoce la indemnización para el cónyuge perjudicado a la fecha no ha sido ejecutadas

PALABRAS CLAVES:

- ✓ *Indemnización para el cónyuge perjudicado*
- ✓ *Separación de Hecho*

ABSTRACT

I believe that any relationship that is bound together by their own free will and in the exercise of their right to freedom, it is a happy couple on their relationship to life. On the contrary, that which is not maintained unit of their own volition, but by the existence of their children and the "what will they say", at the end of the day is an unhappy couple.

All of this, it brings us challenges. One of them is to direct our gaze to the form as are born the marriages, and in so doing, we note two facts: one, that the origin of the marriages in the generality of cases, is not a result of a period of cohabitation enabling unknown and not to make mistakes; two, that the cause comes from unsafe sex that they procreate to unwanted children consciously.

This demands that we, with a lot of responsibility, rethink two topics: the as in families and schools with the young people are formed in their sexuality and as the bride and groom are truly known. We are faced with new challenges primarily moral, not legal already, by the relaxation that has brought the new law. The concept of marriage has changed. The forced union no longer premium but the free and voluntary decision to cultivate the love that led the couple to join for the entire life, as a duty to be moral.

KEY WORDS:

- ✓ Compensation for the injured spouse
- ✓ De facto separation

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad dar una explicación certera y acertada con lo que respecta al divorcio por la causal de separación de hecho y consigo a la ejecución de la indemnización para uno de los cónyuges perjudicados dentro de la relación matrimonial, debido a que en nuestro país existe una legislación especial que se complementa con el código Civil, pero que de cierta manera no da luz a una solución unánime para la doctrina y para los operadores del derecho, esto trae consigo de que cada vez haya diferentes modos de interpretar esta situación, por un parte la doctrina dice lo que se debe sustentar, sobre todo en la nacional es un desarrollo más procesal que sustantivo, en este caso se toma la posición en que precepto teórico debe de basarse este razonamiento que ha tomado el juez en la sentencia analizada si es viable o no la responsabilidad civil y si es así que teorías son las que han abrazado para sustentar esta posición y esto se debe en lo siguiente: Primero basarse en el derecho comparado y luego trasladar la figura en nuestro país.

Mediante la Ley N° 27495 se incorporó la "separación de hecho" como una nueva causal para demandar separación de cuerpos y/o divorcio, añadiendo además la figura jurídica denominada: "indemnización en caso de perjuicio", particularmente regulada en el segundo párrafo del artículo 345-A; instituto que supuestamente dejaría de lado la teoría o tendencia del divorcio sanción, por la concepción objetiva de divorcio remedio, concibiéndose así el sentido de la norma.

107

En ese sentido, nuestro objetivo consiste en señalar la naturaleza de la obligación indemnizatoria así como sus presupuestos y sus efectos, con el fin de contribuir a su adecuada aplicación normativa.

EL AUTOR.

CAPÍTULO I:

1.1. Planteamiento del Problema

EJECUCION DE LA INDEMNIZACION PARA EL CONYUGE PERJUDICADO COMO CONSECUENCIA DE LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO; EN EL JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANCVELICA DURANTE EL AÑO 2012.

En Perú el número de separaciones es muy elevado, teniendo como causales principales la violación de los deberes conyugales, la violación de los deberes con los hijos, la privación de libertad por más de 6 años, el alcoholismo, toxicomanía, las perturbaciones mentales, el cese de la convivencia por 6 meses. Asimismo los causales de un futuro divorcio comunes son; el cese de la convivencia conyugal por más de un año ininterrumpido, el cese de la convivencia conyugal por más de 2 años desde que se consiente libremente la separación de hecho y el cese efectivo de la convivencia conyugal por más de 5 años. Todos estos causales son necesarios para una posterior separación o divorcio. En el presente trabajo se tratara sobre la separación de hecho, situación muy latente en nuestra sociedad, pues es una situación de mayor arraigo en el Perú y específicamente en Huancavelica, observaremos que de diez relaciones conyugales, siete de ellas viven separados más de dos años, lo cual conlleva a una separación de hecho inminente, los divorcios por separación de hecho son muy frecuente, así como también son frecuentes la violación a los deberes conyugales y con los hijos, pero explícitamente

se va a observar que hay más divorcios por separación de hecho que mediante las otras causales de separación o divorcio, conllevando así a tener efectos en el medio social. Es por ello que es muy importante el estudio de esta causal de divorcio pues va a constituir la principal causal de divorcio en el Perú y porque va a traer futuras consecuencias sociales y jurídicas.

1.2. Formulación del Problema

¿En qué medida resulta eficaz la ejecución de la indemnización para el cónyuge perjudicado como consecuencia de la causal de separación de hecho?

1.3. Objetivos:

1.3.1. General:

Analizando las sentencias emitidas en el Juzgado de Familia de La Corte Superior de Justicia de Huancavelica, el cónyuge perjudicado pueda ser indemnizado a raíz de la ejecución de la sentencia.

1.3.2. Específico:

Reconocer la importancia de la indemnización del cónyuge perjudicado como consecuencia de la causal de separación de hecho.

Proponer como alternativa de solución al presente problema con la creación del REDIM – Registro de Deudores de Indemnización a fin de que el cónyuge perjudicado como consecuencia de la separación de hecho sea indemnizado en su momento.

1.4. Justificación

El presente trabajo pretende analizar y complementar el estudio y utilización de la separación de hecho y la importancia de la indemnización en este tipo de disoluciones matrimoniales,, puesto que en la sociedad peruana y huancavelicana se observa que muchos de los matrimonios concluyen en una separación de hecho y los cónyuges afectados desconocen de la existencia de este medio para poder conseguir el divorcio y sus posteriores afectos jurídicos, pero lo que principalmente se pretende conseguir con este trabajo es resaltar la importancia de la indemnización para el cónyuge perjudicado a consecuencia de la causal de separación de hecho.

1.4.1. Relevancia social:

El presente tema a tratar es de relevancia social ya que muchos especialistas consideran el establecer la causal de la separación de hecho, conllevaría a que se considere la institución del matrimonio como una institución no formal y se pudiesen contraer matrimonios de manera indiscriminada y aventurada teniendo en mente, la disolución del mismo de la manera más practica como seria invocar el artículo 345-A del Código Civil Vigente; perdiendo así la institución del matrimonio la seriedad.

1.4.2. Relevancia jurídica:

El tema tratado es importante jurídicamente, porque nos permite determinar si los legisladores han dado solución a un problema social, debido a que existen hogares desintegrados a consecuencia del abandono del hogar conyugal de uno de los cónyuges; acarreando así a la indemnización la patria potestad si hubiese hijos menores, alimentos.

1.4.3. Relevancia práctica:

La relevancia práctica, se materializa en el hecho de que debido a las causales de la separación de hecho y de indemnizar al cónyuge perjudicado, muchas personas que habían abandonado el hogar conyugal por más de dos años han podido regular su situación, emprendiendo un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho.

1.5. Delimitaciones:

Las delimitaciones en el estudio son:

1.5.1. Teóricas:

Comprende los contextos tanto teóricos como conceptuales vigentes al momento de la elaboración del presente trabajo y en la que se sustenta el trabajo de investigación; como una forma de confrontar o la contraposición a la eficacia de la indemnización como consecuencia de la separación de hecho.

1.5.2. Temporal:

Se determinó si resulta eficaz la indemnización para el cónyuge perjudicado a consecuencia de una Separación de Hecho, finalmente el estudio se abordara de manera transversal; quiere decir que las mediciones de las variables de estudio serán en un solo momento y tiempo determinado en este caso, se observara y analizara los expedientes judiciales del Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

1.6. Limitaciones:

1. Limitaciones con lo que respecta a la inaccesibilidad en cuanto a la información brindada por parte del personal del juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.
2. Otras limitaciones del presente trabajo es el desinterés para los investigadores en cuanto al ámbito de estudio del Derecho Civil – Familia; a raíz de ello no se ha podido otros tipos de investigaciones presentes en referencia a la eficacia de la indemnización en la separación de hecho.

101

CAPITULO II:

MARCO DE REFERENCIAS

2.1. ANTECEDENTES DE ESTUDIO:

Dentro de los estudios previos revisados se han encontrado algunas investigaciones que poseen relación con el tema.

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.

No se tiene investigaciones desarrolladas hasta la fecha concordante con el presente tema de investigación.

2.1.2. A NIVEL NACIONAL.

**Jaqueline Rosario Armas Meza (2010) “LAS CONSECUENCIAS
INDEMNIZATORIAS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DERECHO PERUANO¹**

¹ Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho; autor Jaqueline Rosario Armas Meza; Universidad San Martín de Porres Lima-Perú (2010).

realizado con el estudio dogmático – analítico, teniendo como objetivo de analizar la problemática y consigo a contribuir en las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho en el derecho peruano, obteniendo como resultado de que las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho es fundamental para uno de los consortes perjudicados a raíz de esta causal y tiene connotación socio-jurídico, y que a la fecha de elaborado el trabajo de investigación en mención no se ha llegado a aplicar dicha causal con la eficacia que corresponde.

Elvira María Álvarez Olazabal (2006), “SEPARACIÓN DE HECHO E IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN COMO NUEVAS CAUSALES DE DIVORCIO ¿PERMISIVIDAD O SOLUCIÓN?²”; realizado con el estudio dogmático – analítico, teniendo como objetivo analizar si esta causal como disolución del matrimonio resulta benigna o es una justificación a la desnaturalización del matrimonio como institución rectora de toda familia; y señala además que dicha causal aparentemente sería una solución aparente ya que no estaría resolviendo el meollo de las diferencias pos matrimoniales.

2.1.3. A NIVEL LOCAL.

No se tiene investigaciones desarrolladas hasta la fecha concordante con el presente tema de investigación.

² Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho; autor Elvira María Álvarez Olazabal; Universidad Nacional Mayor de San Marcos Lima-Perú (2006).

2.2. BASES TEORICAS:

2.2.1. LA FAMILIA

2.2.1.1. ETIMOLOGIA:

El término familia procede del latín *familia*, "grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens", a su vez derivado de *famulus*, "siervo, esclavo", que a su vez deriva del osco famel. El término abrió su campo semántico para incluir también a la esposa e hijos del pater familias, a quien legalmente pertenecían, hasta que acabó reemplazando a gens. Tradicionalmente se ha vinculado la palabra *famulus*, y sus términos asociados, a la raíz famēs («hambre»), de forma que la voz se refiere, al conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que un pater familias tiene la obligación de alimentar.

2.2.1.2. CONCEPTO - DEFINICION

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos³, es el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio que, en algunas sociedades, sólo permite la unión entre dos personas mientras que en otras es posible la poligamia, y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros.

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos ART. 39° (1784).

El Diccionario de la Real Academia Española⁴; señala que la familia es el grupo de personas emparentadas (parentesco como relación existente entre dos o más sujetos, en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción que conforma una familia entre sí).

No hay consenso sobre la definición de la familia. La familia nuclear, fundada en la unión entre hombre y mujer, es el modelo principal de familia como tal, y la estructura difundida mayormente en la actualidad. Las formas de vida familiar son muy diversas, dependiendo de factores sociales, culturales, económicos y afectivos. La familia, como cualquier institución social, tiende a adaptarse al contexto de una sociedad.

2.2.1.3. TIPOS DE FAMILIA:

Según Héctor Cornejo Chávez⁵ se tiene los siguientes tipos de familia.

- **FAMILIA NUCLEAR:** Formada por la madre, el padre y su descendencia.
- **FAMILIA EXTENSA:** Formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos. Una familia extensa puede incluir abuelos, tíos, primos y otros parientes consanguíneos o afines.
- **FAMILIA MONOPARENTAL:** En la que el hijo o hijos viven sólo con uno de sus padres.
- **FAMILIA ENSAMBLADA:** Es la que está compuesta por agregados de dos o más familias (ejemplo: madre sola con sus hijos se junta con padre

⁴ Diccionario de la Real Academia Española, Edición Actualizada 2012.

⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 2 Tomos. Lima, Studium Ediciones, 1985

viudo con sus hijos), y otros tipos de familias, aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etc, quienes viven juntos en el mismo lugar por un tiempo considerable.

- **FAMILIA HOMOPARENTAL:** Aquella donde una pareja de hombres o de mujeres se convierten en progenitores de uno o más niños. Las parejas homoparentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial en el caso de las mujeres. También se consideran familias homoparentales aquellas en las que uno de los dos miembros tienen hijos de forma natural de una relación anterior.

- **LA FAMILIA DE PADRES SEPARADOS:** En la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos/as se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad.

En la actualidad asistimos a una especie de deconstrucción de la familia nuclear. En las sociedades globalizadas, postindustriales, postmodernas pareciera que se diversifican las formas de organización familiar. Por supuesto que esto coexiste, en el marco del multiculturalismo, con organizaciones sociales donde impera la familia nuclear y la ley del padre. El contexto muestra un despliegue de variantes antes difíciles de concebir. Las transformaciones de las familias actuales, la caída del páter familias, la deconstrucción de la maternidad, así como el auge de las nuevas técnicas reproductivas, al poner en cuestión que la unión hombre-mujer sea un elemento esencial para la procreación, desafían el concepto de parentalidad tradicional.

2.2.1.4. FINALIDAD

Es importante señalar, cual es la finalidad de la familia con el fin de poder determinar si el establecimiento de causales tales como, la separación de hecho y la indemnización para el cónyuge perjudicado, guarda alguna relación con dicha institución o la afecta de alguna manera. Así mismo se tiene tres finalidades elementales de la familia en la sociedad.

- Natural.- Consiste en la conservación del género humano a través de la vinculación entre el varón y la mujer.
- Económica.- Esta finalidad consiste en la obtención del sustento para todos los familiares, así como de las mejores condiciones en procura de su desarrollo económico y bienestar general.
- Moral Espiritual.- Esta finalidad se refiere al mutuo socorro que se prestan entre si los familiares, la comunidad de vida entre ellos el cuidado y la educación de la prole.

2.2.1.5. CARACTERISTICAS

Según "Asegura Díez Picasso y Gullón"⁶ que los rasgos exteriores que caracterizan a la **familia** son las siguientes:

a) VIDA CONJUNTA.- Significa el establecimiento de una plena comunidad de vida entre los miembros que conforman un grupo familiar, lo cual significa, compartir un mismo destino.

⁶ Díez Picasso y Gullón. "Derecho Civil". Editorial Tecnos. Madrid. 1983.

b) MATRIMONIO O PARENTESCO CERCANO.- Cuando la familia es formada sobre la base del matrimonio se funda en la unión legal libre e igual en derechos; pero si es de base extramatrimonial, en el parentesco cercano.

c) MUTUO APOYO MORAL Y MATERIAL.- la familia es una institución ética fundada en la relación conyugal de sexos y en la recíproca cooperación espiritual y material de sus integrantes, necesarias para su conservación y desarrollo.

d) CUIDADO DE LA ECONOMÍA COMÚN.- está referida a las relaciones patrimoniales y a la satisfacción de las necesidades del grupo doméstico, todo lo que exige no sólo su acrecentamiento sino también su uso racional.

e) EDUCACIÓN DE LOS HIJOS.- Es el rasgo más importante desde que la familia se preocupa por la formación del nuevo ser. En este sentido, se dice, que el hogar es su primera escuela y la madre su primera maestra.

2.2.1.6. DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO SUS TIPIFICANTES SON

❖ **INSTITUCIÓN JURÍDICO SOCIAL.-** Frente a instituciones como la familia existe una permanente tentación en privilegiar aspectos biológicos y/o sociológicos, lo cual la haría dependiente de otras disciplinas por supuesto no menos importantes, pero desde el punto de vista jurídico se debe anteponer este carácter por constituir el objeto mismo del Derecho de Familia. La familia desde esta perspectiva no puede ser identificada con la unidad biológica, sociológica o psicológica, porque su realidad es fundamentalmente jurídica y abarca una realidad concreta: los vínculos jurídico familiares que derivan del matrimonio, de la filiación y de la adopción. Luego, la familia no sólo está regida por leyes naturales sino también por normas jurídicas, por eso se dice que su naturaleza es jurídico-soc. Por eso también, compartimos plenamente con Díez-Picazo y Gullón cuando aseveran que: "Inicialmente, la familia es un

grupo y una institución que merecen únicamente el calificativo de sociales. Sin embargo, como el ordenamiento jurídico se ocupa de ella, la organiza y la hace objeto de una reglamentación legal, es una institución jurídica". Concluye manifestando: "...que el hecho de que exista una reglamentación legal de la familia y que la familia sea una institución jurídica, no nos debe llevar a un panjuridicismo de manera que pensemos que sólo es familia lo que el derecho regula en la totalidad de los aspectos de la institución y de la vida familiar. Incluso cuando existe una regulación del derecho, las situaciones concretas y los concretos conflictos no siempre se resuelven recurriendo al derecho. Las familias y sus miembros se mueven con gran frecuencia en función de pautas, reglas e impulsos que no son jurídicos". Entonces, se trata no sólo de una institución jurídica sino también social.

❖ **CONJUNTO DE PERSONAS:** padres e hijos principalmente.- La familia es una institución integrada por padres e hijos primordialmente; por parientes próximos o lejanos, e inclusive por extraños, para ciertos efectos. La concepción de la familia extensa (estirpe), actualmente ha desaparecido y se reduce fundamentalmente a los padres (padre y madre), unidos por el matrimonio o sin él y a los hijos que viven en el hogar. Sus efectos alcanzan a algunos parientes en la línea colateral, pero no a todos. Por otro lado, la familia en ocasiones puede abarcar a perfectos extraños quienes luego serán parientes, como en el caso de la adopción.

❖ **MATRIMONIO O PARENTESCO ESTABLECIDO Y RECONOCIDO POR LA LEY.-** El modo principal de constituir la familia es el matrimonio, pero ello no impide que existan otras formas como el concubinato y la adopción (forma adoptiva). Ésta sea la nota característica más importante desde el punto de vista jurídico, porque no se refiere a cualquier matrimonio sino sólo al civil. Tampoco a cualquier parentesco (consanguíneo, por afinidad legal y espiritual), sino aquél que establece vínculos dentro del cuarto grado

deconsanguinidad y segundo de afinidad. Aquí radica entonces el criterio de legalidad.

Finalmente, existe una línea doctrinaria que señala las siguientes características de la familia:

✓ CARÁCTER BIOLÓGICO O NATURAL.- Su carácter natural deriva de necesidades, hábitos y peculiaridades humanas, y en consecuencia, el derecho no puede regularla totalmente ni a su antojo, sin incurrir en el riesgo de desnaturalizarla.

✓ CARÁCTER NECESARIO O SOCIOLÓGICO.- La familia tiene carácter necesario, si nos identificamos con la opinión de algunos juristas, con la unión estable y duradera de los cónyuges. Sin embargo, la característica anteriormente anotada, prácticamente se ha superado con los novísimos ensayos de hogares infantiles implantados en algunos países, donde la convivencia de los padres con los hijos, no es necesaria.

✓ CARÁCTER POLÍTICO.- La familia en la actualidad no desempeña ningún papel político, pero lo tuvo en otras épocas. Antes de aparecer el Estado, la familia fue la institución directriz por excelencia y aun cuando se constituyeron los órganos del gobierno, la familia coexistió sin embargo dentro de ellos, a veces predominantemente en la aristocracia, pero siempre manteniendo su autonomía propia.

✓ CARÁCTER ECONÓMICO.- Dentro de la economía primitiva, la familia constituía una unidad productora, esto es, tanto la producción como el consumo y también la propiedad, tuvieron un carácter familiar; así como el trabajo de las mujeres y los menores, la familia todavía continúa siendo una agrupación de propiedad, por lo mismo la vida económica de la familia se agrupa alrededor de su jefe, y los cónyuges forman una sociedad patrimonial y surgen de este modo el salario familiar, el hogar de familia, etc.

✓ CARÁCTER RELIGIOSO.- El cristianismo impulsa y transforma saludablemente la institución de la familia aunándola. Tal influjo no se traduce en una minuciosa reglamentación, toda vez que el cristianismo no es un código con autoridad legal en cada Estado, sino más bien un dogma, una filosofía, una inclinación hacia un ideal realizado por el influjo moral, razón por la cual la transformación se da lentamente.

✓ CARÁCTER HISTÓRICO.- Existen diversas teorías que discuten la aparición de la familia: Los evolucionistas clásicos sostienen que la familia ha pasado por una evolución continua, desde el **vagus concubitus**, o etapa del **hetairismo** hasta llegar al estado monogámico patriarcal, mientras que los evolucionistas modernos sostienen que la familia evoluciona desde la promiscuidad sexual, emparejamiento transitorio hasta llegar a las familias consanguíneas y monogámico. La escuela histórico-cultural sostiene que la familia primitiva es la patriarcal monogámico que degenera por contingencias que repercuten en el orden moral, medio ambiente y por influencias extrañas y específicas.

✓ CARÁCTER JURÍDICO.- Se refiere a que las relaciones entre los individuos que componen la familia producen derechos y obligaciones, que están fundadas en preceptos para que el grupo pueda desarrollarse normalmente.

✓ CARÁCTER ÉTICO.- Se refiere a la existencia de los buenos sentimientos que debe haber entre los integrantes. Por otro lado, la plenitud de la vida y la realización de los fines espirituales que la dignifican y que la orientan, tanto morales como religiosos, se logran dentro de la familia, con las naturales manifestaciones de su potencia cohesiva, que tiende a preservar la integridad del núcleo, a asegurar la aptitud y la educación de sus componentes, y a

obtener para todos ellos la satisfacción de las necesidades anímicas del hombre.

2.2.1.7. ORIGEN Y CONCEPCION:

La familia supone por un lado una alianza, el matrimonio, y por el otro una filiación, los hijos.

Según expone Claude Lévi-Strauss, la familia tiene su origen en el establecimiento de una alianza entre dos o más grupos de descendencia a través del enlace matrimonial entre dos de sus miembros. La familia está constituida por los parientes, es decir, aquellas personas que por cuestiones de consanguinidad, afinidad, adopción u otras razones diversas, hayan sido acogidas como miembros de esa colectividad.

Las familias suelen estar constituidas por unos pocos miembros que suelen compartir la misma residencia. Dependiendo de la naturaleza de las relaciones de parentesco entre sus miembros, una familia puede ser catalogada como familia nuclear o familia extensa. El nacimiento de una familia generalmente ocurre como resultado de la fractura de una anterior o de la unión de miembros procedentes de dos o más familias por medio del establecimiento de alianzas matrimoniales o por otro tipo de acuerdos sancionados por la costumbre o por la ley.

La integración de los miembros de la familia, como en el caso de los grupos de parentesco más amplios como los linajes, se realiza a través de mecanismos de reproducción sexual o de reclutamiento de nuevos miembros. Si se considerara que la familia debe reproducirse biológicamente, no podrían conceptualizarse como «familias» aquellos grupos donde su consorte (o ambos) están incapacitados de reproducirse biológicamente.

En estos casos, la función reproductiva se traslada a los mecanismos de reclutamiento socialmente aceptables —como la adopción—. El reclutamiento de nuevos miembros de una familia garantiza su trascendencia

e historia de la familia en Occidente se ha debilitado conforme se fortalecen las instituciones especializadas en la educación de los niños más pequeños. Esto ha sido motivado, entre otras cosas, por la necesidad de incorporación de ambos progenitores en el campo laboral, lo que lleva en algunas ocasiones a delegar esta función en espacios como las guarderías, el sistema de educación preescolar y, finalmente, en la escuela. Sin embargo, este fenómeno no se observa en todas las sociedades; existen aquellas donde la familia sigue siendo el núcleo formativo por excelencia.

Por otra parte, la mera consanguinidad no garantiza el establecimiento automático de los lazos solidarios con los que se suele caracterizar a las familias. Si los lazos familiares fueran equivalentes a los lazos consanguíneos, un niño adoptado nunca podría establecer una relación cordial con sus padres adoptivos, puesto que sus "instintos familiares" le llevarían a rechazarlos y a buscar la protección de los padres biológicos. Los lazos familiares, por tanto, son resultado de un proceso de interacción entre una persona y su familia (lo que quiera que cada sociedad haya definido por familia: familia nuclear o extensa; familia monoparental o adoptiva, etc.). En este proceso se diluye un fenómeno puramente biológico: es también y, sobre todo, una construcción cultural, en la medida en que cada sociedad define de acuerdo con sus necesidades y su visión del mundo lo que constituye una «familia».

2.2.2. EL MATRIMONIO

2.2.2.1. ETIMOLOGIA:

El origen etimológico de la palabra *matrimonio* como denominación de la institución bajo ese nombre no es claro. Se suele derivar de la expresión "*matris munium*" proveniente de dos palabras del latín: la primera "*matris*", que significa "madre" y, la segunda, "*munium*", "gravamen o cuidado", viniendo a significar "cuidado de la madre", en tanto se consideraba que la madre era la que contribuía más a la formación y crianza de los hijos. Otra posible derivación provendría de "*matreum muniens*", significando la idea de defensa y protección de la madre, implicando la obligación del hombre hacia la madre de sus hijos.^{5 6} Para efectos de mayor comprensión de la expresión "matrimonio" en su aspecto etimológico es importante tener presente que, en muchas de las lenguas romances, es válido el concepto del contrato de matrimonio considerado por el Derecho Romano, que tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad de ser madre, que la naturaleza da a la mujer núbil, la llevase a procrear una familia.

2.2.2.2. ANTECEDENTES - HISTORIA:

La institución del matrimonio en el derecho romano⁷, se constituía a partir de la capacidad de las personas para contraerlo, es decir, requerían del ius connubi el cual se conseguía a partir de los doce años en el caso de las mujeres, y de los catorce años para los varones. El matrimonio tuvo carácter monogámico, admitiéndose varias formas para su realización:

⁷ Citado por D^o Aguanno, José. Génesis y Evolución del Derecho. Buenos Aires: Editorial Albatros. 1943.: p.291

- La **confarreatio** o matrimonio reservado para los patricios.- Se materializaba en una ceremonia en la que los contrayentes hacían dación mutua de un pastel de harina **-panis farreus-**, que significaba la iniciación de la vida conyugal entre ellos, asociando a la mujer al culto familiar del marido, ceremonia que se llevaba a cabo en presencia del **Flamen diales** -el granpontífice- y de diez testigos.

- La **coemptio** o matrimonio por compra.- Consistía en la compra imaginaria de la mujer al marido. Se observaba entre los plebeyos -quienes constituían la mayoría de la población- para contraer justas nupcias, y compraban solemnemente a la mujer, ya sea al padre o al tutor de ésta, y en presencia de cinco testigos.

- El **usus**.- Por disposición de la Ley de las Doce Tablas, mediante la posesión continua de la mujer durante un año, el marido adquiría la autoridad sobre ella, era una especie de prescripción adquisitiva, que según el texto preciso de la Ley de las Doce Tablas, tenía lugar a los dos años para las cosas inmuebles, y al año para los bienes muebles. Como se ha mencionado, en el **derecho romano** el matrimonio tuvo carácter monogámico pues la antigua poligamia ya no existía en Roma, pero por el contrario el concubinato si estaba muy extendido, al punto de ser considerado una institución legal. Dentro de las reglas aplicables al matrimonio monogámico, existía una que disponía que aquél que estaba unido en matrimonio, no podía separarse del patrono, aunque éste lo quisiera, y si era infiel la mujer, era castigada como adúltera. Es importante destacar que en todas la formas del matrimonio romano, la nota esencial era que el marido tomaba a la mujer bajo su potestad, por lo que se denominaba matrimonio **cum manu**. Con el correr del tiempo estas solemnidades fueron abandonadas, para dar paso al matrimonio solemne o por simple consentimiento de los cónyuges, al que se le conocía como el matrimonio **sine manu**, y a pesar de lo que su nombre parece indicar, necesitaba además

del consentimiento de los cónyuges, y que la mujer fuera conducida desde la casa paterna donde el padre la desligaba de su familia, operándose de este modo un *traditio*. TÁCITO⁹ refiere que en el **derecho germano**, no era la mujer la que aportaba la dote al marido, sino que era el marido el que se la llevaba a la mujer, y que en ceremonia solemne entregaba a ésta un par de bueyes, un caballo, escudo, pica y espada. Aquí el denominado "matrimonio en la puerta de la iglesia", simbolizaba la transferencia de la potestad paterna a la marital por la entrega de dinero, armas, etc. La mujer comprada quedaba sujeta al marido, y todo lo que ella poseía de mueble e inmueble pasaba a poder de éste. Esta sujeción además, permitía al hombre el derecho a la poligamia, tan es así que se le elogiaba sus segundas nupcias; mientras que la mujer debía conformarse con un solo marido. En la **época medieval**, la iglesia tomó la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, siendo el caso que en el Concilio de Trento (año 1563), se ratificó con carácter de sacramento el matrimonio mediante el **Decreto Tametsi** disponiéndose condenar a quien negase su indisolubilidad; principios que se han mantenido inalterables a través de los siglos, no obstante las reformas que se han dado en la iglesia. Al iniciarse el **derecho moderno**, el **Edicto de Nantes** de 1598 permitió a los protestantes casarse ante sus pastores, pero la expulsión de sus ministros tornó difícil la situación, y en 1698 los protestantes fueron obligados a casarse nuevamente ante sacerdotes católicos. Esta situación fue de suma importancia pues dio inicio a la lucha por establecer la naturaleza dual del matrimonio: por un lado un sacramento cuya validez sólo corresponde a la iglesia, y por otro lado un contrato de efectos civiles, cuya competencia corresponde solo a las jurisdicciones laicas. La lucha por la laicización del matrimonio adquirió mayor fuerza en el siglo XVIII durante la Revolución Francesa. Las ideas de Rousseau, Voltaire y Montesquieu, transformaron Europa proclamando al hombre como ser racional y libérrimo por excelencia, lo que conllevó a considerar al matrimonio como un contrato. Así lo establecía la Constitución de Francia de 1791 y bajo este mandato el Parlamento dictó, el 20 de septiembre de 1792, una ley que

establecía el matrimonio civil obligatorio, permaneciendo vigente desde esa fecha este tipo de unión civil. Por su lado, el Código Civil de Napoleón de 1804, adoptó una posición de transacción, pues se mantuvo la secularización del matrimonio y se admitió el divorcio, solamente en casos excepcionales establecidos de antemano, pero su difusión en Europa permitió extender su aplicación durante el siglo XIX, llegando a las a tierras americanas. En 1865 entró en vigencia el primer Código Civil italiano, que acoge al matrimonio civil como único con efectos legales, ello sin perjuicio de que los interesados pudieran hacer bendecir su unión por el rito religioso. En 1899, el Código Civil español reconoció dos formas para el matrimonio: el civil y el religioso. En cambio, en otros países, se siguió la tendencia napoleónica. El siglo XX ha sido escenario de sustanciales transformaciones en esta institución, las que la han conmovido profundamente haciendo reflexionar en el peligro que entraña para la estabilidad de la familia. Dentro del **derecho comparado**, se establecieron básicamente tres sistemas matrimoniales: el indeterminado, el determinado y el mixto. El primer sistema denominado **indeterminado** o **confesional**, no se exige formalidad conocida para la celebración del matrimonio, pues se trata de un régimen propio de los pueblos antiguos que reconocían efectos jurídicos a todas las formas matrimoniales: a los católicos se les aplicaba las disposiciones del Concilio de Trento, a los luteranos las suyas, etc. El segundo, llamado **determinado** asume a su vez los siguientes subsistemas:

- El exclusivamente religioso, que sólo reconoce el matrimonio contraído según la religión oficial del Estado.
- El exclusivamente civil, que reconoce a tales efectos solo el celebrado por el funcionario público o autoridad competente, con exclusión de la idea religiosa. Tal hecho acontece en Francia, Alemania, Italia, Suiza, Portugal y en la mayoría de los países latinoamericanos. El tercero, conocido como **mixto** tiene a su vez dos modalidades:

EL FACULTATIVO, que ofrece elegir entre la forma religiosa y la civil, siendo que ambos producen los mismos efectos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Nueva Zelanda, etc.)

EL SUBSIDIARIO, que considera una forma principal y otra accesoria, como ocurrió en el sistema del derecho español antes de 1981. En la Francia post-revolucionaria, más específicamente con el Código Civil Napoleónico de 1804, se estableció un matrimonio exclusivamente civil. Fue las que, con la promulgación de la ley de fecha 23 de diciembre de 1897, se reconoció igualmente válido tanto el matrimonio canónico como al matrimonio civil. Sin embargo, es menester señalar su carácter facultativo para quienes declararan expresa y previamente ser ajenos a la religión católica. En lo que concierne a nuestro país, también rigió el matrimonio canónico, pero cuando el 2 de junio de 1936 se expide la Ley N° 8305, delegando en el Poder Ejecutivo la facultad de promulgar un nuevo Código Civil, lo curioso de esta norma era que en su artículo 1° señalaba como condición que este nuevo código a promulgarse, debía mantener inalterables las normas sobre el matrimonio laico y el divorcio, incluyendo el vincular.

2.2.2.3. NATURALEZA JURIDICA

Existen básicamente tres posiciones según Gutiérrez Camacho⁸:

⁸ GUTIERREZ CAMACHO¹⁰ señala: "...cabe precisar que en nuestro Derecho Civil es aceptada la teoría institucionalista..." En: Código Civil comentado. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2003.; p.27.

2.2.2.3.1. CONTRACTUALISTA:

Esta posición asimismo, puede ser enfocada desde tres perspectivas: La canónica, la civil tradicional y la de Derecho de Familia. Desde el enfoque canónico, se considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido. La perspectiva civil tradicional postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulte aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento. Al respecto, nulidad y anulabilidad del matrimonio, son reguladas por las causales específicas contenidas en los artículos 274° y 277° del Código Civil, diferentes de las causales de nulidad y anulabilidad aplicables al común de los contratos." La última perspectiva postula que el matrimonio es un contrato, el cual constituye un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo.

2.2.2.3.2. INSTITUCIONALISTA:

De acuerdo con esta posición, el matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes deseen contraerlo. Quienes sostienen esta tesis, dicen que no pueden ser aplicadas al matrimonio todas las normas y principios a que se sujetan los contratos usuales, y que se precisa de una decisiva intervención constitutiva del Estado a través de un funcionario especial, para que se eleve el matrimonio a la categoría de una institución social y jurídica, cuya principal característica sería la más severa supeditación de la voluntad individual a intereses superiores de diversa índole.

2.2.2.3.3. MIXTA:

Esta posición sostiene que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. Aquí es importante señalar que, la mayoría de autores están de acuerdo, que aunque no se señale expresamente, nuestra legislación ha optado por esta última posición.

2.2.2.4. CARACTERISTICAS

Según Alfonso Rebaza Gonzales⁹ son las siguientes

a) Institución del Derecho de Familia:

El matrimonio no es una institución más del Derecho de Familia sino que es una fundamental, en primer lugar es su fuente principal ya que gracias a él se crea la figura básica que da origen a la familia de base matrimonial y, luego, porque sin el matrimonio, no se concibe una comunidad familiar fuerte, estable y duradera, a nivel teórico.

b) Unión exclusiva de un solo varón y de una sola mujer:

De esta característica se deduce que el matrimonio tiene carácter heterosexual porque no permite el matrimonio de homosexuales, mucho menos de transexuales o personas que cambian sobrevenidamente de sexo, sino tan sólo el de un varón y de una mujer. Conocemos obviamente que en España, Holanda y otros países europeos, ésta ya no es una característica exclusiva, pues se permite el matrimonio entre homosexuales, pero aún se mantiene como una reforma a nivel de algunas naciones.

c) Que, el matrimonio está amparado por la ley, es decir, que se desenvuelve dentro de un marco legal: Al ser el matrimonio, la unión de un varón y de una mujer legalmente sancionada por la ley, supone una aptitud legal para contraerlo así como, el cumplimiento de ciertas formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico.

⁹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y Alfonso REBAZA GONZALES. "Definición de matrimonio e igualdad de los cónyuges". En: Código Civil comentado. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2003.; p.27.

2.2.2.5. LA REGULACIÓN EN EL RDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La institución del matrimonio está regulada por nuestro Código Civil, básicamente, dentro de la Sección Primera y Segunda (Disposiciones Generales y Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia).

2.2.2.5.1. REQUISITOS:

a) **Requisitos de Fondo:** Existen tres

- Diferencia de sexo.
- Edad mínima.
- Libre consentimiento.

El primer requisito es obvio ya que por un lado es una exigencia del mismo código, al establecer que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer. En otras legislaciones resulta igualmente obvio este requisito, por cuanto se establece expresamente la finalidad de procreación, la que sólo es factible entre un varón y una mujer.

En cuanto al segundo requisito, es decir el referido a la edad mínima, se considera que si uno de los fines del matrimonio es la procreación, es fundamental para contraerlo el poseer la capacidad genética. Asimismo, teniendo en cuenta que esta no tiene límite cronológico fijo para todos, con el fin de evitar comprobaciones impracticables, las leyes siguen la tradición romana fijando una edad de pubertad legal. El **derecho romano** fijaba la edad de catorce años para el varón y en doce para la mujer, en la actualidad estas edades se consideran excesivamente precoces. En el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil, OLIVEIRA¹⁰ manifestó: "...los matrimonios prematuros, constituyen la fuente más copiosa de los juicios de divorcio como quiera que son generalmente el fruto de la inexperiencia,

¹⁰ Citado por MALLQUI REYNOSO y Otro. Op. Cit.; p

cuando no de la imposición paterna o de la coacción moral, ejercida por extraños.". Dadas las posiciones doctrinarias, existe una tendencia universal de legislar aumentando la edad de pubertad legal, tendencia que encuentra mayor sustento en aquella consideración psicológica de que para contraer matrimonio, no se precisa únicamente la capacidad creadora sino el correspondiente desarrollo psíquico, que. Permitan apreciar la trascendencia del acto y la magnitud de los deberes que de él se derivan. De otro lado, los deberes y responsabilidades del matrimonio exigen una cierta capacidad económica, que comúnmente no se alcanza hasta una edad relativamente mayor, dependiendo del nivel de desarrollo y de madurez de la persona, lo que no necesariamente coincide con el de la edad genésica. Desde el punto de vista jurídico no se halla una explicación satisfactoria a la permisión de antigua raigambre, por la que se reconoce el derecho de fundar una familia a quien no tiene todavía la plena capacidad de obrar, como si el pacto matrimonial exigiera menor discernimiento que cualquiera de los actos jurídicos. En el Código Civil anterior, esa edad en el varón fue de veintiún años inicialmente, y de dieciocho para la mujer, que luego fueron rebajadas por disposiciones posteriores en 1936 y reduciéndose a dieciséis años en el varón y catorce para la mujer, pero previa dispensa judicial. Actualmente, se requiere tener la edad mínima de dieciocho años para los contrayentes de ambos sexos.

b). Requisitos de Forma:

- Los que preceden al matrimonio.
- Los que se dan en la celebración misma.
- Los que se dan con posterioridad a la celebración.

Dentro de los primeros tenemos las formalidades preparatorias; es decir, cuando los contrayentes han cumplido con formar el expediente tal como señala el Código Civil, es en ese momento que se dice que están aptos para la celebración de la ceremonia.

Dentro del segundo grupo, encontramos como requisitos la intervención del funcionario competente, que estén presentes los testigos solicitados por la

ley, y cumplir con las formalidades del acto mismo. MALLQUI¹⁵ señala que al respecto existe una dispensa o excepción, cuando el matrimonio va a celebrarse *in extremis*, obviándose estos trámites y requisitos por consideraciones comprensibles en un contexto así.

Dentro del segundo grupo, encontramos como requisitos la intervención del funcionario competente, que estén presentes los testigos solicitados por la ley, y cumplir con las formalidades del acto mismo. MALLQUI¹¹ señala que al respecto existe una dispensa o excepción, cuando el matrimonio va a celebrarse *in extremis*, obviándose estos trámites y requisitos por consideraciones comprensibles en un contexto así.

Dentro del tercer grupo, encontramos los actos relacionados con la protocolización, como el acta respectiva, que tendrá que asentarse y extendiéndose por duplicado, así como la repetición de las fórmulas respectivas tanto verbales como escritas.

2.2.2.6. REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

a) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA:

A diferencia de nuestra legislación, el Código Civil español no define al matrimonio, pero sí señala sus requisitos. Dentro de los requisitos que guarda concordancia con nuestra legislación, tenemos:

- a) *El libre consentimiento de los contrayentes*
- b) *Que los contrayentes no estén inmersos dentro de ninguna de las causales establecidas en los artículos 46° y 47° del Código Civil.*
- c) *Que el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o el funcionario correspondiente, o en el domicilio de cualquiera de los contrayentes, en presencia de dos testigos.*

Asimismo es importante señalar que, a diferencia de nuestra legislación, el

¹¹ MALLQUI REYNOSO, Max y Otro. Op. Cit.; p. 166

Código Civil español sí regula la celebración del matrimonio religioso. Así tenemos que, el artículo 59° establece: “El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”. Los efectos de dicha celebración los encontramos en el artículo 60° del mismo texto legal, el cual establece: “El matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce **efectos civiles**. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente”.

b) LEGISLACIÓN COLOMBIANA:

A diferencia de nuestra legislación, el Código Civil colombiano resalta la naturaleza contractual del matrimonio; es así que el artículo 113° establece: ***“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”***

De dicha definición también se puede resaltar que se establece en forma expresa la finalidad del matrimonio. Respecto del matrimonio religioso, el artículo 1° de la Ley N° 25 de fecha 18 de diciembre de 1992, establece que “Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.”

c) LEGISLACIÓN CHILENA:

En Chile, mediante la Ley N° 19947 promulgada el 7 de mayo del año 2004, se ha variado de manera ostensible la corriente hasta entonces predominante en la sociedad chilena, luego de arduos debates, para introducir por primera vez el divorcio en su legislación. La definición anterior resaltaba la contundencia con la que el Código Civil chileno expresaba que la unión matrimonial era indisoluble, para toda la vida, y establecía las causales en las

cuales se justificaba el disenso, pero ahora se incluye la sentencia firme de divorcio como una de las causas de terminación del matrimonio señalando como causales de divorcio:

- Atentado contra la vida y los tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.
- Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio.
- El abandono continuo o reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio.
- La condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples.

A diferencia de nuestro Código Civil, la legislación chilena había optado por una regulación más tradicional y coherente con la concepción cristiana y católica del matrimonio. Pero esto produjo muchas críticas, ya que era considerado el único país sudamericano, del mundo occidental y cristiano, en el que el matrimonio no se podía disolver legalmente. Del debate de la Cámara de Diputados al cual hemos accedido a través de Internet, trasunta el gran esfuerzo del grupo parlamentario propulsor de la norma, para persuadir a los legisladores de este profundo cambio, ante la expectativa de toda la sociedad chilena y no podemos dejar de resaltar lo interesante de dicho debate en el que desde diferentes perspectivas profesionales, se acomete una tarea tan difícil como es la de producir una apertura que permita desvincular a parejas en las que ya no existen vínculos de respeto ni de afecto que justifiquen la existencia de la unión legal, ocasionando serios perjuicios al desarrollo de los integrantes de estas familias.

d) LEGISLACIÓN ECUATORIANA:

El artículo 81° del Código Civil ecuatoriano establece que “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. El numeral 37° de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 señala que el

Estado protegerá el matrimonio, el que debe fundarse en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges. La definición que se da en el Código Civil, es similar a la proporcionada por la legislación colombiana y chilena.

2.2.2.7. CELEBRACION DEL MATRIMONIO

La forma tradicional de matrimonio es entre un hombre y una mujer, con la finalidad de constituir una familia. Esa definición ortodoxa ha sido cuestionada, de una parte, porque se ha otorgado reconocimiento a las uniones entre un hombre y una mujer con finalidades prácticamente idénticas al matrimonio, pero que adoptan formas y denominaciones distintas. Por otro lado, el desarrollo de nuevos modelos de familia han desvinculado la función reproductiva del matrimonio: parejas no casadas con hijos o matrimonios sin hijos (siendo la causa más común de esto la esterilidad de uno de los miembros, y no tanto el nivel socioeconómico), madres y padres solteros o madres y padres con una pareja de su mismo sexo. Finalmente, en varios países y estados se ha producido una ampliación de derechos que ha dado reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo.

En esos casos el matrimonio se realiza, generalmente, por la forma civil o de Estado, porque las normas de muchas religiones no permiten este tipo de uniones en su seno. Con todo, en distintos tiempos y lugares se han reconocido otras variedades de matrimonio. En la sociedad pagana el matrimonio no era la norma, el matrimonio era utilizado sólo por los poderosos, por las clases altas. En la antigua Roma la castidad no era una virtud, no era necesario contraer matrimonio para hacer el amor ni para tener hijos. Solamente cuando un miembro de una clase social elevada deseaba transmitir su patrimonio a sus descendientes directos, en vez de que lo reciban otros miembros de la familia o sus amigos, decidía casarse. Pero la mayor parte de las veces se legaba los bienes a un amigo o una persona muy querida, no a los hijos. Cuando se carecía de patrimonio o bienes el

matrimonio era un trámite prescindible, los esclavos directamente carecían del derecho de hacerlo.

2.2.2.7.1. CLASES DE CELEBRACION DE MATRIMONIO

- **MATRIMONIO CATOLICO**; Para la Iglesia católica, el matrimonio es una alianza por la que un hombre y una mujer constituyen una íntima comunidad de vida y de amor. Por su naturaleza está ordenada al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos. Entre bautizados, el matrimonio es, además, un sacramento. Por eso, un matrimonio de paganos que, al cabo de los años, recibiera el bautismo, no necesita repetir ningún rito o ceremonia: en el momento de recibirlo, su vínculo conyugal se convierte en sacramento.
- **MATRIMONIO RELIGIOSO**, El matrimonio religioso se puede definir como una unión cuya estructura esencial viene exigida por los dogmas de la religión a la que pertenecen los contrayentes, y no por la naturaleza humana común para todo ser humano.
- **MATRIMONIO CIVIL**, es el matrimonio que se contrae, formaliza e inscribe ante las autoridades civiles (registro civil, administración pública, jueces o autoridades municipales) y no ante las autoridades religiosas, ni siguiendo el rito de una religión (matrimonio religioso).

2.2.2.8. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Las características generales de la institución del matrimonio incluidas en algunos ordenamientos jurídicos son la dualidad, la heterosexualidad y el contenido en cuanto a derechos y deberes. A partir del siglo XX, en las sociedades de influencia occidental y procedente del liberalismo se recoge también el principio de igualdad, con un peso creciente en las regulaciones derivadas.

- La dualidad del matrimonio es el principio por el que la institución está prevista, en principio, para unir a dos personas y vincularlas para su convivencia y procreación. En algunos ordenamientos (en especial los de base islámica) se reconoce la posibilidad de que un hombre contraiga matrimonio con más de una mujer. Pero incluso en este caso la institución vincula a una persona con otra, pues las diversas mujeres que un musulmán pueda tener no están unidas, en principio, por ningún nexo matrimonial ni tienen derechos y obligaciones entre sí.
- Tradicionalmente el matrimonio exige la pertenencia de cada contrayente a uno de ambos sexos, de manera que un hombre y una mujer son los únicos que, en principio, pueden contraer matrimonio. Este principio está siendo modificado en algunos países en favor del principio de igualdad, a fin de reconocer la paridad de derechos y obligaciones entre hombre y mujer y extender los beneficios que implica la institución del matrimonio a parejas formadas por personas del mismo sexo.
- El contenido en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges varía en función del ordenamiento jurídico de cada país, pero por lo general todos les imponen la obligación de vivir juntos y guardarse fidelidad, de socorrerse mutuamente, de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y de ejercer conjuntamente la potestad doméstica y la patria potestad sobre los hijos, que se presumen comunes salvo prueba en contrario. Las singularidades del contenido del matrimonio en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges derivan en cada país de su propia concepción cultural de la institución, que ha dado forma a la misma en su legislación positiva y en su práctica jurídica.

2.2.2.9. EFECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a terceras personas, de los cuales los fundamentales son los deberes u obligaciones conyugales, el parentesco, la adquisición de derechos sucesorales entre los cónyuges y el régimen económico del matrimonio, que

tiene distintas modalidades en los diferentes países. Además, en varios países produce de derecho la emancipación del contrayente menor de edad, con lo cual éste queda libre de la patria potestad de sus padres y podrá en adelante actuar como si fuera mayor, aunque posteriormente se divorcie.

2.2.2.10. MONOGAMIA

El matrimonio implica la unión de un solo hombre con una sola mujer.

2.2.2.11. COMUNIDAD DE VIDA Y EXISTENCIA

La celebración del matrimonio se encuentra dirigida a considerar una relación íntima y estable, que comprende cualesquiera aspectos de la vida que se afronta comúnmente por los cónyuges, aunque ninguno de ellos pierda su propia individualidad. Semejante características dependerá del carácter y circunstancias de cada pareja. El matrimonio no cabe concebirlo como la atención de necesidades afectivas o carnales pasajeras o absolutamente momentáneas.

2.2.2.12. ESTABILIDAD

En el mismo plano que la anterior y acaso como corolario de ella, debemos considerar la nota de estabilidad o permanencia inherente a la unión matrimonial.

2.2.2.13. SOLEMNIDAD

La prestación y manifestación del consentimiento matrimonial es un acto, además de libre y voluntario, es decir, revestido de especiales formalidades que garantizan la concurrencia de todos los presupuestos requeridos

legalmente. De no cumplirse tales requisitos formales, la convivencia que reúna todos los requisitos anteriores habrá de considerarse técnicamente una unión de hecho. Dicha figura también es denominada unión libre, convivencia "more uxorio", pareja de hecho, etc. En la actualidad existe un profundo movimiento social a favor de las parejas de hecho, dada la acusada tendencia a expandir la libertad hasta extremos difícilmente compatibles con la ordenación jurídica de la materia familiar.¹² De otra parte, son relativamente numerosas las disposiciones legales que, en aspectos concretos, asimilan la relación matrimonial con relaciones análogas de efectividad (incluso en algunos casos con independencia del sexo de los miembros de la pareja, como ocurre en la Ley de Arrendamiento Urbanos de 1994) y el mismo principio ha inspirado algunas sentencias del Tribunal Constitucional. De la misma manera han surgido proposiciones de la ley en el sentido de generalizar la asimilación aludida.

2.2.2.14. EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO DEL DERECHO DE FAMILIA.

El siguiente giro doctrinal desemboca en la calificación del matrimonio como un negocio jurídico complejo. Se define la naturaleza del matrimonio como negocio bilateral típico del Derecho de familia. Son criticados los partidarios de esta teoría por entenderse que solo realizan abstracciones conceptuales. Esta propuesta presenta las mismas dificultades de concreción del conjunto normativo aplicable al matrimonio que genera cualquier apelación al negocio jurídico, sin entender nada más que los aspectos formales.

¹² «El matrimonio determina el cuadro jurídico que favorece la estabilidad de la familia. Permite la renovación de las generaciones. No es un simple contrato o negocio privado, sino que constituye una de las estructuras fundamentales de la sociedad, a la cual mantiene unida en coherencia». Declaración del Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal Francesa, a propósito de la proposición de ley de «pacto civil de solidaridad», 17-9-1998.

2.2.2.15. LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL.

Resulta indiscutible que la noción de matrimonio requiere ante todo una base convencional, un acuerdo, que deberá conllevar un deseo de compartir la vida con el otro cónyuge¹³. Sin embargo, el consentimiento de varón y mujer no es suficiente ni bastante para determinar por sí mismo la verdadera existencia del matrimonio, porque el denominado estatuto matrimonial queda enteramente sustraído a la voluntad de los contrayentes (salvada la decisión sobre régimen económico) y resulta establecido por la legislación aplicable de forma imperativa. La expresión estatuto matrimonial resalta la existencia de un conjunto normativo propio aplicable al matrimonio, que demuestra que para el Derecho la relación matrimonial es una institución propia y autónoma.

2.2.2.16. LOS ESPONSALES O PROMESA DE MATRIMONIO

2.2.2.16.1. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO BÁSICO

En la actual redacción del Código Civil, lo que tradicionalmente había sido denominado esponsales se llama promesa de matrimonio, consistente en la promesa recíproca entre hombres y mujer por la que se comprometen a unirse en futuro matrimonio.

2.2.2.16.2. LIBERTAD MATRIMONIAL Y ESPONSALES

Desde los viejos precedentes romanos, la libertad matrimonial de los contrayentes ha estado siempre a salvo hasta el preciso momento de la

¹³ La familia es el núcleo central de la sociedad civil. Tiene ciertamente, un papel económico importante, que no puede olvidarse, pues constituye el mayor capital humano, pero su misión engloba muchas otras tareas. Es, sobre todo, una comunidad natural de vida, una comunidad que está fundada sobre el matrimonio y, por ello, presenta una cohesión que supera la de cualquier otra comunidad social». Declaración final del III° Encuentro de Políticos y Legisladores de América, Buenos Aires, 3-5 de agosto de 1999.

celebración, haya habido o no esponsales, dada la incoercibilidad del consentimiento matrimonial (lo contrario iría contra el principio del libre y espontáneo consentimiento en que se funda el matrimonio). El art. 42 establece que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. Según el art. 42.2, “no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”.¹⁴ La promesa de matrimonio carece de alcance o significado contractual y tampoco es un precontrato, ni un acuerdo propiamente jurídico, sino que es entendida como un mero uso social reiteradamente practicado. El legislador limita sus efectos a la eventual acción y obligación de resarcimiento por gastos asumidos en consideración al matrimonio proyectado.

2.2.2.16.3. LA OBLIGACION DE RESARCIMIENTO DE LOS GASTOS ASUMIDOS

Establece el art. 43.1 que el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado, solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Se incluyen tanto los gastos efectivamente hechos como los que pueden derivarse de obligaciones contraídas, pero todavía no atendidas o hechas efectivas. (desde luego no es resarcible el daño moral causado por el incumplimiento de la promesa, ni existe obligación de indemnizar fuera de los supuestos previstos en el art. 43). El precepto exige que haya incumplimiento sin causa de la promesa. Parece que si existe causa del incumplimiento (que deberá probar el demandado, es decir, el promitente que no está dispuesto a cumplir), el otro no podrá exigir resarcimiento alguno. El párrafo 2º del art. 43 indica que la acción

14 Ibid.

de resarcimiento caducara al año, contando desde la negativa a celebrar el matrimonio.

2.2.3. EL CONCUBINATO Y LAS UNIONES DE HECHO

Las uniones de hecho o more uxorio, de parejas heterosexuales, son situaciones que en nuestro tiempo son frecuentes como lo han sido también en épocas históricas¹⁵. La Constitución, aunque no se refiere a ellas, no excluyen tampoco que puedan fundar una familia: porque art. 39 dispensa protección especial a la familia sin exigir que haya se estar fundada solo en el matrimonio; declara la igualdad de los hijos ante la ley, sean matrimoniales o no matrimoniales, y dispensa protección a las madres, sin necesidad de que la maternidad derive de una relación matrimonial. La convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y publica con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados.

2.2.3.1. EQUIPARACION AL MATRIMONIO EN EL AMBITO CIVIL

Pero como la protección constitucional de la familia se extiende también a quienes conviven more uxorio, la legislación postconstitucional equipara estas uniones al matrimonio en numerosos casos: los hijos matrimoniales y no matrimoniales son iguales ante la ley. La pensión compensatoria se extingue por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. La pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal puede adoptar conjuntamente. Las técnicas de reproducción asistida pueden utilizarse por las parejas no casadas. Derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento urbano de la persona

¹⁵ TAALVERA FERNANDEZ, Pedro. "la unión de hecho y el Derecho a no casarse", Editorial Comares, Granada, 2001, PAG. 432

que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de efectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieren tenido descendencia en común, en cuyo caso bastara la mera convivencia.

2.2.3.2. EQUIPARACION AL MATRIMONIO EN OTROS AMBITOS

En el Código penal de 1995 cuando regula la circunstancia mista de parentesco, y al tipificar los delitos de lesiones mediante el ejercicio habitual de violencia física, el cohecho y el encubrimiento (art. 454). En la ley de enjuiciamiento criminal con motivo de regular el recurso extraordinario de revisión. En la Ley Orgánica del Poder Judicial al considerar causa de abstención de jueces y magistrados el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable con alguna de las partes (art. 219), y prohíbe pertenecer a la misma Sala a los magistrados unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente.¹⁶

2.2.4. CRISIS MATRIMONIALES

LAS CRISIS MATRIMONIALES: NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO

En tiempos contemporáneos, se han denominado crisis matrimoniales al conjunto de supuestos en los que el matrimonio deviene ineficaz, por una u otra causa, quebrando la unidad de vida y convivencia que en principio supone. Tal expresión, de origen doctrinal, ha obtenido un cierto éxito en los últimos años, sobre todo una vez admitidos legalmente el divorcio con la idea de que la disolución del matrimonio por divorcio no deja de ser un remedio a la crisis o quiebre matrimonial preexistente.

La expresión “crisis matrimoniales” se utiliza con pretensiones exclusivamente sistemáticas: entre las figuras de ineficacia matrimonial (nulidad, separación y divorcio) existen profundas diferencias y, por tanto, resulta necesario exponer por separado su régimen jurídico, valorando ciertas semejanzas y la existencia de unos efectos comunes.¹⁷

2.2.4.1. EL DIVORCIO

2.2.4.1.1. ETIMOLOGIA:

El divorcio (del latín *divortium*) es la disolución del matrimonio, mientras que, en un sentido amplio, se refiere al proceso que tiene como intención dar término a una unión conyugal.

2.2.4.1.2. ANTECEDENTES

El divorcio tiene su antecedente más antiguo en el repudio que fuera concedido generalmente al marido, es decir la disolución del vínculo a su sola voluntad, sin importar aquella que correspondía a la mujer. Así funcionó en las realidades de los antiguos pueblos de Egipto o Babilonia, e incluso con el Código de Hammurabi se fijaron las causas para este repudio, así como en la India con la Leyes de Manú.

¹⁷ Esta actitud familia, cuyo fundamento es, y no puede no serlo, el matrimonio. Entre estas instituciones, algunos Organismos de la misma Organización de Naciones Unidas, parecen secundar recientemente algunas de estas teorías, soslayando con ello el genuino significado del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, que muestra la familia como «elemento natural y fundamental de la sociedad». Cfr. Pontificio Consejo para la Familia, Familia y Derechos humanos, 1999, n. 16. ha encontrado, lamentablemente, favorable acogida en un buen número de importantes instituciones internacionales, con el consiguiente deterioro del concepto mismo de

En el **derecho romano** se permitió el divorcio, tanto para el matrimonio de patricios (ceremonia religiosa llamada *confarreatio*) como para los plebeyos (convención civil denominada *coemptio*), en el primer caso, a través de una ceremonia denominada *disfarreatio*.

En el **derecho griego** también se permitió el divorcio, pero rara vez se realizaba. Al respecto, MALLQUI nos cuenta que en la época homérica no se conocía el divorcio, en cambio sí en épocas posteriores, especialmente en tiempos de los filósofos clásicos, durante los cuales existió mucha libertad. Desde el siglo IV antes de Cristo se tenía por disoluble el matrimonio pero era el marido quien disponía de varios motivos para obtenerlo; en caso de mutuo disenso, no había problema; pero si era pedido unilateralmente, era más difícil el que fuera solicitado por la mujer. No se debe olvidar a los germanos, quienes antes de su primer contacto con el cristianismo practicaron, señala Peralta Andía¹⁸, con gran libertad el divorcio por mutuo convenio, según se deduce de los *libella repudii* en los siglos VII y VIII, y que funcionó generalmente por iniciativa del marido, pero jamás a petición de la mujer, en razón de que por costumbre se exigía con mayor severidad a ésta que al varón.

En cuanto a los pueblos musulmanes, la figura del divorcio presenta algunas peculiaridades ya que en dichos pueblos sí se permite la poligamia. Esto se evidencia del Corán, señala MALLQUI¹⁹, que admite el matrimonio hasta con cuatro mujeres a la vez. Pero ello al parecer no era suficiente para los adinerados ya que muchos tenían hasta ocho mujeres, como lo comprueba el caso del recientemente fallecido Rey Fahd de Arabia Saudí, cuya cuarta esposa está reclamando legalmente el derecho de manutención que se le nega, mediante una acción que entabló en vida del monarca y ahora prosigue contra la sucesión legal. Sin embargo en estos pueblos, el divorcio está revestido de un formalismo rígido y por

¹⁸ Peralta Andía, Javier. Op. Cit.; p. 254

¹⁹ MALLQUI REYNOSO, Max y Otro. Op. Cit.; p. 505.

causales desigualmente aplicable entre varón y mujer. Por ejemplo, el varón puede repudiar a su mujer porque simplemente ya no le gusta; en cambio la esposa necesita fundamentar sus quejas contra el marido. El procedimiento para divorciarse por el contrario, no requiere solemnidad alguna ya que suele consignarse en un acta ante testigos, la que es refrendada por el Tribunal. También existe un procedimiento de disolución judicial de oficio, cuando se violan las reglas a las que inflexiblemente está sometido el matrimonio.

En el **derecho medieval** y concretamente en el **derecho canónico** – sobre la base del Evangelio de San Marcos: “No desate el hombre lo que Dios ha unido”-, se precisó y determinó el carácter sacramental e indisoluble del vínculo matrimonial, lo que ha sido recogido en los concilios de Letrán (1215) y de Trento (1562), y si bien por excepción se admitió la separación de cuerpos, ello fue sólo para los casos de matrimonios infortunados. Todo esto conllevó a una gran discusión entre la tesis que defiende el divorcio vincular que tradicionalmente venía rigiendo en las legislaciones de muchos pueblos, y la tesis antidivorcista que sostenía la iglesia basada en el carácter sacramental y divino del matrimonio monogámico, por consiguiente indisoluble. No obstante lo mencionado pese a las enseñanzas cristianas de condena al divorcio, éste ha sido practicado durante mucho tiempo ya que muchos fieles se acogieron a la legislación civil que permitía su disolución. Así, la lucha de la Iglesia contra el divorcio duró algo más de quinientos años y pese a las explicables resistencias, terminó con la imposición del punto de vista favorable a las ideas divorcistas.

Después de la Revolución Francesa, en el **derecho moderno**, el divorcio absoluto es incorporado en la mayoría de las legislaciones europeas tales como Inglaterra, Dinamarca, Suecia, Holanda y Alemania, como producto de la aparición del movimiento protestante que en el siglo XVI inició una gran campaña a favor de la aceptación del divorcio vincular. La reforma

luterana aceptó y propugnó el divorcio vincular fundándose en que el matrimonio es una institución meramente profana, negándole la naturaleza sacramental que le había impuesto la iglesia católica. Entre las causales admitidas por la doctrina protestante tenemos:

- a) El adulterio.
- b) La huida del cónyuge a un lugar inasequible a la autoridad judicial.
- c) La huida del cónyuge a un lugar donde puede ser alcanzado, su negativa a reanudar la vida conyugal, la condena a destierro, o a prisión por varios años o a cadena perpetua.

Por último, en el derecho contemporáneo se polarizan las corrientes y doctrinas antdivorcistas y divorcistas, cada una con principios y peculiaridades debidamente determinadas, pero el divorcio está hoy generalizado en casi todos los países del mundo

En el Perú el Código Civil de 1852 admitió tan sólo la separación de cuerpos. Los códigos de 1936 y 1984 adoptaron criterios divorcistas aunque con serias restricciones, y en este último cuerpo legal, el divorcio se encuentra regulado en el Libro III, Sección Segunda, Título IV, Capítulo Segundo, específicamente en los artículos 348° al 360°.

2.2.4.1.3. CONCEPTO

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

El divorcio también puede ser definido como aquella disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges. Al respecto, PUIG PEÑA²⁰ señala que el divorcio rompe las nupcias legales y válidamente contraídas, en lo

²⁰ Citado por MALLQUI REYNOSO, Max y Otro. Op. Cit., p. 489.

que se diferencia de la nulidad del matrimonio, que supone un estado de derecho establecido con vicios insubsanables.

Por el divorcio, señala Carmen JULIA CABELLO²¹, a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nupcias. Cabe señalar que ambas figuras se asemejan en cuanto requieren ser declarados judicialmente; aunque algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa, como por ejemplo, es el caso de los divorcios convencionales declarados en el Japón. Cabe precisar, señala MURO ROJO²², que si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior.

2.2.4.1.4. NATURALEZA JURÍDICA

Es preciso e interesante el revisar la discusión en cuanto a la naturaleza jurídica del divorcio. Esto implica estudiar las dos grandes corrientes existentes: la divorcista y la antidivorcista; es decir, como señala MALLQUI, se ha dividido entre los partidarios del divorcio vincular, que son la mayoría de los autores laicos, y los defensores del divorcio relativo o separación de cuerpos, que son los partidarios de las ideas de la Iglesia católica y sus seguidores laicos y religiosos.

21 CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. "Divorcio ¿Remedio en el Perú?". En: Derecho de Familia. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas. 2003.; p. 115.

22 MURO ROJO, Manuel y Alfonso REBAZA GONZALES. "Concepto de Divorcio". En: Código Civil comentado. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2003.; p. 592.

Para analizar dicha discusión considero que se debe tener en cuenta dos factores: por un lado el ideal de que todos los matrimonios duren para siempre; y por otro lado el hecho de que actualmente ello resulte una utopía para muchas parejas, tal como lo hemos señalado anteriormente. Además, es importante analizar dicha naturaleza jurídica, ya que dependiendo de ello, cada país adopta un determinado régimen. Así tenemos que entre los países que solamente admiten el divorcio absoluto están: Italia, Alemania, Austria, Albania, Bulgaria, Bolivia, Ecuador, Bolivia, entre otros. Entre los países que admiten el divorcio absoluto y la separación de cuerpos, tenemos a: Cuba, Francia, México, Suecia, Estados Unidos, Inglaterra, y otros.

2.2.4.1.5. TESIS ANTIDIVORCISTA:

Los defensores de esta tesis consideran al matrimonio como una sociedad de por vida, por tanto, sustenta la tesis de su indisolubilidad, cerrando el paso al divorcio y obligando a los cónyuges a mantenerse unidos, aun cuando en la práctica se haya destruido la relación. Recusa el divorcio y está sustentada en la doctrina sacramental, la sociológica y la paterno filial.

La doctrina de la iglesia católica considera al matrimonio como un *sacramento*. Se funda en el principio cristiano²³ “lo que Dios unió, no lo separe el hombre”, en el Evangelio de San Marcos, Capítulo 10, versículos del 1 al 9, por cuanto destaca su carácter indisoluble, lo que supone que el matrimonio sólo concluye con la muerte; sin embargo, como se ha dicho, esta doctrina acepta sólo la separación de cuerpos por causas sumamente graves, pero no autoriza el divorcio con carácter definitivo.

²³ Citado por PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Op. Cit.; p. 255.

2.2.4.1.6. TESIS DIVORCISTA:

A aquellos que sostienen la tesis antidivorcista, se les ha objetado que el fundamento de que el divorcio constituye un atentado contra la buena organización y estabilidad de la familia y de la sociedad, no es tal como algunos expresan con ligereza o bajo la influencia de algún prejuicio, pues todas las escuelas filosóficas y jurídicas buscan el fortalecimiento de la familia y el matrimonio como base de la sociedad; sin embargo, es necesario saber cuál es la familia o matrimonio que se trata de fortalecer, el de la familia normal y feliz, pero de ningún modo la del matrimonio fracasado y destruido, que los antidivorcistas intentan perpetuar a cualquier precio.

Por otro lado, muchos autores consideran al divorcio como un “mal necesario”, que se sustenta en las doctrinas siguientes: la del divorcio-repudio, la del divorcio-sanción y la del divorcio-remedio; agregando VARSÌ ROSPIGLIOSI, dos tipos más: el divorcio-quiebra y el divorcio-mutuo acuerdo.

La doctrina del *divorcio-repudio* acepta el divorcio como un derecho de los Cónyuges, especialmente del varón, para rechazar y repeler al otro cónyuge de la casa conyugal, la mayoría de las veces, sin explicar razones.

El Deuteronomio autorizaba al marido a repudiar a su mujer cuando ya no le agradaba debido a una causa torpe, entregándole una “carta de repudio” y despidiéndola de la casa. El Corán también estatuyó el repudio en favor del varón, al que le bastaba repetir tres veces en forma pública ¡yo te repudio! para que se disolviera el vínculo matrimonial.

Dicha doctrina adoptada en los países musulmanes o islámicos, sustenta precisamente que el matrimonio se disuelva por repudio, por sentencia judicial o por la apostasía del Islam.

Por su parte, la doctrina del *divorcio-sanción* se formula como el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio. Esta doctrina sustenta su estructura en:

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

Esta doctrina ha sido adoptada por la mayor parte de los códigos europeos como el de Francia, Italia, Portugal, Suiza, Bélgica, Holanda, Luxemburgo.

2.2.4.1.7. POSICIÓN DEL DERECHO CIVIL PERUANO:

Ahora bien, dentro de la legislación nacional se advierte que el Código Civil de 1852, se adhiere a la tesis antidivorcista en razón de que reconoció el carácter indisoluble del matrimonio canónico, y sólo permitió la separación de cuerpos en casos graves. El Código Civil de 1936 si adoptó la tesis divorcista y dentro de ella la doctrina del divorcio-sanción.

Respecto de nuestro vigente Código Civil, VARSÍ ROSPIGLIOSI²⁴ señala que se percibe una tendencia antidivorcista, debido a los siguientes elementos disuasivos para iniciar el proceso de divorcio:

- Debe existir una causal, que se configure en un incumplimiento de los deberes del matrimonio por culpa de uno de los cónyuges.

²⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit.; p. 08

- Para optar por la separación convencional deben pasar dos años de la celebración del matrimonio; no procede el divorcio por mutuo acuerdo.
- La conversión de la separación de cuerpos en divorcio procederá a los seis meses (actualmente son dos meses) de haberse expedido la sentencia.
- Las causales son para la separación de cuerpos, pero aplicables también para el divorcio. Ello procura o pretende que el cónyuge culpable recapacite y, si no lo hace, que el cónyuge agraviado lo perdone.

2.2.4.1.8. CLASES

2.2.4.1.8.1. DIVORCIO ABSOLUTO:

Es conocido también como divorcio vincular, y consiste en la disolución total, definitiva y perpetua del nexo conyugal. La mayoría de países del mundo reconocen y permiten en sus legislaciones este tipo de divorcio, en cambio hay otros que se limitan únicamente a la separación de cuerpos y hay un tercer grupo que admite las dos formas, entre ellos el Perú.

2.2.4.1.8.2. DIVORCIO RELATIVO:

Es conocido como separación de cuerpos y, en palabras de MALLQUI²⁵, consiste en una relajación del vínculo conyugal, en virtud de la cual los esposos se separan del lecho y la habitación, cesan los

²⁵ MALLQUI REYNOSO, Max. Op. Cit.; p. 491.

deberes matrimoniales, pero el vínculo legal subsiste y los esposos no pueden volver a casarse.

2.2.4.1.9. REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En nuestra legislación el divorcio se encuentra regulado por nuestro Código Civil, específicamente en el Capítulo Segundo (Divorcio), Título IV (Decaimiento y disolución del vínculo), Sección Segunda (Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia), y el artículo 348° establece el principal efecto del divorcio: disuelve el vínculo del matrimonio.

Entre los otros efectos que genera dicha disolución (señalados básicamente por el artículo 350° del Código Civil), podemos señalar: Como primera consecuencia de tipo personal es la relativa a los hijos, pues estos quedarán bajo la custodia del cónyuge que se determine en el convenio de divorcio, y en caso no existir acuerdo entre las partes, de quien decida el Juez o la Sala Superior. Si existe culpabilidad de algún cónyuge, normalmente se concederá la custodia al que resulte inocente, salvo que concurran circunstancias excepcionales. Quien se haga cargo de la custodia de los hijos ostentará también el ejercicio de la patria potestad de manera exclusiva y estará encargado de la administración de sus bienes. En este punto debemos anotar que vía jurisprudencia se está procurando una solución mucho más equitativa en cuanto al ejercicio de la patria potestad, pues se determina la tenencia como una de las prerrogativas de este derecho a favor del cónyuge inocente, y un régimen de visitas para el otro progenitor, pues si bien el vínculo se disuelve, no deben afectarse las relaciones paterno-filiales, ya que ello constituye un derecho de los hijos, el mantener un vínculo parental adecuado, dentro de circunstancias razonables y de seguridad, para evitar un trauma mayor cuando son menores de edad. Los efectos económicos se centran en la

liquidación del patrimonio matrimonial y la adjudicación de los bienes al cónyuge que corresponda. El considerado culpable estará en ocasiones, obligado a indemnizar económicamente al otro por los daños y perjuicios causados, y a pasarle periódicamente una pensión alimenticia. Esto último también sucederá aunque no exista parte culpable, siempre que la extinción del vínculo matrimonial haga quedar a uno de los cónyuges en situación económica desfavorable. También debe hacerse mención de los efectos frente a terceros respecto de la declaración judicial de divorcio, pues ellos normalmente no existirán hasta la inscripción de aquélla en el registro correspondiente, pero en relación a los cónyuges, los efectos se suelen retrotraer al momento de la presentación de la solicitud de divorcio. En cuanto a las causales, estas se encuentran reguladas por el artículo 333º del mismo texto legal. Estas son:

- El adulterio;
- La violencia física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias;
- El atentado contra la vida del cónyuge;
- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común;
- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo;
- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común;
- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347º;
- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio;
- La homosexualidad sobreviviente al matrimonio;
- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio;

- La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial;
- La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°.

2.2.4.1.10. REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

2.2.4.1.10.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA:

En este país el divorcio fue introducido por la Ley N° 30/1981 del 7 de julio de 1981, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil.

En las discusiones de la ley se hicieron numerosas referencias a la concepción del **divorcio-remedio**. No obstante, el legislador rechazó tanto el modelo francés de tipificar las diversas causas de divorcio, como el modelo inglés de una causa genérica única concretizada en hechos específicos. Para el Código Civil español, salvo una hipótesis residual de divorcio por condena criminal, la quiebra del matrimonio se da por un elemento objetivo y susceptible de comprobación judicial: la separación de cuerpos que el texto legal conceptualiza como la cesación efectiva e ininterrumpida de la convivencia entre los cónyuges. A continuación se señalarán las causales de divorcio:

- a) **Divorcio por culpa.-** El artículo 86.5° establece que “La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes” es causa por sí sola de divorcio.

En este supuesto no es necesario acreditar ni el transcurso de un plazo de separación ni un quiebre irremediable de la vida conyugal.

b) **Divorcio por cese de convivencia.**- Para esta causal el Código Civil ha distinguido diversos plazos, los cuales varían entre uno y cinco años, para considerar procedente la acción de divorcio por cese efectivo de la convivencia.

2.2.4.1.10.2. LEGISLACIÓN ARGENTINA:

Era interesante la posición de la legislación argentina ya que hasta antes de la Ley N° 2393 de 1889, ésta solo regulaba un “divorcio no vincular”, que permitía a los cónyuges vivir separados, pero sin poder volver a contraer una nueva unión, ya que seguían casados entre sí. Dicha situación varió a partir de 1987, con la Ley N° 23.515 que introdujo en el Código Civil como figuras distintas aunque conectadas, la separación personal y el divorcio, al cual se reconoce ahora eficacia disolutoria del matrimonio. Las causas del divorcio, en dicha legislación, tienen tres vertientes: la comprobación de culpa en uno de los cónyuges (que son consideradas tanto causas de separación como de divorcio), la falta de convivencia (comprobada a través de una sentencia de separación que se convierte en divorcio o de un plazo de simple separación de hecho) y, finalmente, el mutuo acuerdo (que se restringe para los casos en los que cónyuges invoquen razones graves que hacen intolerable la vida en común).

2.2.4.1.10.3. LEGISLACIÓN CHILENA:

Al promulgarse en Chile la Ley del Matrimonio Civil N° 19947, del 7 de mayo del año 2004, se ha excluido del grupo de los únicos tres países en el mundo que rechazaban el divorcio (los otros dos : Filipinas y Malta, siguen rechazándolo), pues la Ley de Matrimonio Civil anterior prácticamente no guardaba diferencias con el derecho canónico de su época e incluso este derecho actualmente ha evolucionado más, lo que se apreciaba por ejemplo en las causales de nulidad del matrimonio, que eran las mismas que las del derecho canónico de aquel tiempo.

En la práctica en Chile el divorcio desvincular venía aplicándose desde el año 1925 a través de la nulidad de matrimonio, invocando la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil, que no era más que un divorcio bilateral no regulado.

De esta forma, la jurisprudencia chilena aceptó el divorcio bilateral a través de la nulidad del matrimonio como una forma de adaptar una legislación anacrónica a las necesidades de los ciudadanos. Pero así y todo, dicho esfuerzo que en su época era insuficiente lo era más aún en la actualidad, ya que colocaba a la parte que desea rehacer su vida en una situación negociadora muy desmejorada, ya que la parte que no tenía ningún interés en disolver el vínculo, exigía una compensación superior a lo que le correspondería recibir por sus probables derechos hereditarios.

Por otra parte, el divorcio o nulidad de matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil generaba importantes costos para las personas de escasos recursos, ya que la Corporación de Asistencia Judicial se negaba a tramitar dichas causas. Además aunque alguno de los aspectos a que da lugar esta singular figura -la nulidad por Incompetencia del Oficial del Registro Civil- se regulan a través del matrimonio putativo, la solución a que se llega no es adecuada en la realidad, por el abuso

de una posición dominante de una de las partes, que puede negarse a cooperar del todo, lo que haría imposible el divorcio. Todo ello generaba inseguridad y obligaba a las personas a tomar soluciones incluso fuera de la ley, como se comprueba respecto a todo tipo de acuerdos simulados. Pero la objeción más grave a la solución que adoptaba el ordenamiento jurídico chileno, a través de la nulidad por Incompetencia del Oficial del Registro Civil, era que ignoraba una serie de situaciones que se encuentran reguladas hace años en el derecho comparado, como las compensaciones que se deben los cónyuges después de la ruptura, la patria potestad de los hijos, etcétera.

El texto de la nueva ley, ha pasado en Chile por un control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional de dicho país, tal como prescribe su Constitución en el artículo 82º, numeral 1, antes que sea promulgada, mediante pronunciamiento expedido el 20 de abril del año 2004. Del debate tanto a nivel de la Cámara de Diputados como la de Senadores del Congreso Chileno, se ha podido apreciar cuan profundamente se contraponen el sector conservador y la propia Iglesia católica a esta nueva norma. Sin embargo se logró la aprobación del proyecto de ley haciendo hincapié en la noción de autonomía personal, acentuando la valoración social de éste, y si bien se cuestiona a las instituciones tradicionales, también se revela como necesaria la búsqueda de un equilibrio o de estabilidad de los grupos primarios como la familia, de cara a la realidad chilena. Los congresistas que apoyaron el proyecto fueron unánimes en la necesidad de buscar razonablemente, la mejor solución legal para la situación de los hijos y de los nuevos compromisos adquiridos por las parejas separadas de hecho.

2.2.5. SEPARACION DE HECHO

La separación de hecho es una situación en la que dos personas que han contraído matrimonio se encuentran, de hecho, viviendo de forma separada e independiente, sin que el matrimonio haya sido disuelto ni se encuentra en situación de separación matrimonial²⁶.

La separación de hecho se distingue de la separación matrimonial (también llamada separación de Derecho) por no ser una situación reconocida por el ordenamiento jurídico.

Las personas no han realizado los trámites necesarios para la separación matrimonial, por lo que jurídicamente siguen en vigor todos los efectos del matrimonio, incluyendo el régimen económico matrimonial, mientras que en la separación matrimonial dejan de estar vigentes muchos de los derechos y obligaciones existentes para una pareja casada.

Por otra parte, la separación de hecho puede tener efectos jurídicos. Entre otras cosas, la separación de hecho puede ser causa de divorcio o incumplimiento de los deberes conyugales.

Es muy habitual que la separación de hecho sea un paso previo a la separación matrimonial o de divorcio, y que esta se encuentre todavía en periodo de trámite²⁷.

La separación de hecho es una situación fáctica muy común, ello por cuanto es el resultado natural e inevitable de que uno de los cónyuges abandone unilateralmente la convivencia matrimonial, como también puede ser consecuencia de la decisión de ambos, que por cualquiera que sea el motivo, estiman que lo más adecuado es dejar de estar juntos, incluso si en principio es solo por un tiempo. La novedad es esta materia es que la Ley de Matrimonio

26 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Separación de hecho entre cónyuges", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, pag. 283

27 GARCIA RUBIO, María Paz: Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho, Civitas, Madrid, 1995, pp. 198 ss

Civil permite regular la separación de hecho, ya sea de mutuo acuerdo por parte los cónyuges, o subsidiariamente por el juez, a petición de cualquiera de ellos.

2.2.5.1. DEFINICION

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

La causal de **separación de hecho** en nuestro régimen ha merecido un tratamiento sui generis, las expectativas en las que se generó así como la difusión que incluso en algunos sectores se le viene dando aún, la avizoraban e incluso intentan presentarla como una causal objetiva del sistema divorcio remedio; no obstante como observamos su reglamentación para efectos de la configuración de la causal así como para las consecuencias de la declaración de divorcio, le imprimen un tratamiento de sesgo inculpatario.

La fijación de un monto indemnizatorio, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación de un cónyuge perjudicado, a quien el juez por mandato de ley deberá proteger, hecho que tiene que objetivarse legalmente en el proceso, pero no a partir de un acto de buena voluntad sino que procesalmente requiere invocación, debate probatorio, contradictorio, congruencia, que determinen al perjudicado ¿inocente?, el perjuicio y la reparación en su quantum y forma.

2.2.5.2. ELEMENTOS DE LA CAUSAL

- **ELEMENTO OBJETIVO**

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

- **ELEMENTO SUBJETIVO**

Aunque resulte discutible que se contemple en una causal de carácter objetivo la presencia del elemento intencional; nuestra legislación al acotar en su tercera disposición complementaria un supuesto ¿extensible a otros supuestos? de improcedencia, permite la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose por tanto a contrario, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación.

- **ELEMENTO TEMPORAL**

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

2.2.5.3. EVOLUCION

Hasta tiempos bien recientes, la separación de hecho no era objeto de contemplación normativa y no había sido tomada en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia. Incluso se proponía directamente la ilicitud

de semejante situación por contravenir el deber de convivencia matrimonial y, en consecuencia, la radical nulidad de los pactos que, en su caso, pudieran establecer los conyuges. Tal estado de cosas ha sido evolucionando durante la segunda mitad del siglo XX en el sentido de admitir la plena licitud de la separación de hecho. Tras la aprobación de la Ley 30/1981, la separación de hecho forma parte de bastantes normas familiares y sucesorias, sobre todo en relación con la separación y el divorcio, dada la aceptación del principio de que el cese efectivo de la convivencia conyugal, de una forma u otra, puede ser causa suficiente para la declaración de la crisis matrimonial existente. A pesar de que puedan o deban analizar por separado, los efectos que generan la separación de hecho convencional y la unilateral son similares, excepto en algún extremo concreto.²⁸

2.2.5.4. CLASES DE SEPARACION DE HECHO

CON ACUERDO:

Cuando la separación de hecho se produce por acuerdo de los dos cónyuges, se puede plasmar en un documento que se denomina pactos de separación matrimonial amistosa. Estas son algunas de sus características:

- ❖ Se crea a favor de cada miembro de la pareja un ámbito de libertad individual que el otro ha de respetar y que no puede violar arbitrariamente.
- ❖ Cada cónyuge debe vivir en su propio domicilio.
- ❖ No se pierde el derecho a recibir pensión de alimentos.

²⁸ BUSTAMANTE, Emilia. "Separación de hechos: Puntos críticos" en Revista Jurídica del Perú. N° 18, 1999-2001.

- ❖ El cónyuge que recibe esta pensión puede acudir al juez para que ampliara el importe, siempre que la petición se base en circunstancias acaecida con posterioridad al pacto.
- ❖ Los padres pueden acordar con quien vivirán los hijos y a quien corresponde la patria potestad.
- ❖ La pareja puede modificar el régimen económico matrimonial, pero el nuevo documento que recoja el nuevo régimen debe ser elevado a escritura pública, si no es así, no será válido.

SIN ACUERDO:

Las separaciones de hecho sin que medie acuerdo entre la pareja ocasionan ciertas consecuencias, algunas de las cuales son las mismas que cuando se produce una ruptura consensuada:

- ❖ El derecho de alimentos.
- ❖ La separación de domicilios.
- ❖ La patria potestad para el cónyuge que conviva con los hijos.

Ahora bien, al no haber acuerdo, se pueden presentar inconvenientes: Como las partes no suelen liquidar el régimen económico matrimonial puede ocurrir, por ejemplo, que las deudas que contraiga uno de los cónyuges afecten a los bienes gananciales que pertenecen a ambos. Otro posible conflicto surge cuando el cónyuge decide marcharse del domicilio familiar, pudiendo incurrir en un delito de abandono de familia.²⁹

2.2.5.5. REQUISITO PARA LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Para invocar la causal, la ley establece que es necesaria la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si es

²⁹ M. E. RODRÍGUEZMARTÍNEZ: La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; del 19 de diciembre de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid", ADC, 2003, pp. 411-463. pp. 417-420.

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

Exigir que el cumplimiento de la obligación alimentaria sea contemplado como requisito de admisibilidad al momento de calificar la demanda, en casos como los descritos simplemente constituiría un limitante al ejercicio del derecho de acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, por ello resulta más razonable su comprensión como requisito de procedencia que posibilite la declaración de divorcio por esta causal. Por lo mismo, si durante el proceso se verifica que el peticionante del divorcio adeuda pensiones alimenticias devengadas o ha incumplido con acuerdos convencionales, carecería del derecho para que se le ampare la demanda.

2.2.5.6. INDEMNIZACION Y/O ADJUDICACION DE BIENES AL CONYUGE PERJUDICADO POR EL DIVORCIO

Aspecto de singular importancia resulta ser la determinación del cónyuge perjudicado, particularmente si consideramos la trascendencia de la fijación de los efectos personales y patrimoniales de la disolución, máxime si tenemos en cuenta que el perjudicado no necesariamente ha de coincidir con la persona del cónyuge emplazado, podrá serlo si éste es el consorte abandonado en contra de su voluntad, más no lo será si la separación de los cónyuges se ha producido por propio acuerdo; e incluso el demandante podría ser calificado como perjudicado, si no es el abandonante y prefiere invocar el retiro del otro consorte en esta causal y no en la de abandono injustificado de la casa conyugal, causal para la cual, como se ha referido existen jurisprudencialmente criterios diferenciados para la meritución del elemento subjetivo de la misma, optando de este modo por facilitar su causal.

Al respecto el texto legal señala literalmente que le corresponde al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, para lo cual se deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiese corresponder. Debe tenerse en consideración en la interpretación de dicho dispositivo, que los derechos derivados de los daños irrogados por el divorcio, si bien son derechos familiares éstos

son de carácter patrimonial, y que en consecuencia la afectación debe ser alegada por el perjudicado.

Resulta necesario distinguir entre las consecuencias del divorcio y los derechos que emergen por las condiciones particulares de una causal, que al admitir la invocación del hecho propio, otorga a la afectada ventaja derivada de su propia condición. Son consecuencias del divorcio el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales, el señalamiento del régimen de patria potestad, pérdida del derecho hereditario entre los cónyuges divorciados, entre otros, en cambio es un derecho patrimonial, que debe ser alegado por su titular el relativo a daños resultantes de los hechos ilícitos configurativos de la causal de divorcio o separación así como los derivados del divorcio en sí mismo, sean éstos materiales o morales, por cuanto el fundamento de la reparación consiste en la existencia de hechos culpables, que han generado un perjuicio.

Eduardo Sambrizzi citando a Méndez Costa señala que las manifestaciones del daño moral son múltiples, que hay daño patrimonial en los menoscabos que afecten la reputación e incidan en la actividad laboral del cónyuge inocente, disminuyendo las expectativas razonables de obtener ingresos, así como en las lesiones físicas o psíquicas sufridas; en el contagio de enfermedades o la destrucción de bienes. También lo hay con motivo de la sentencia ya sea de separación o de divorcio, por la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal, con la siguiente secuela de partición de los gananciales, o por el desplazamiento del nivel socio económico de vida llevado hasta ese momento; o por la eventual necesidad de la mujer de tener que emprender una tarea remunerada fuera del hogar; o por los gastos extraordinarios que se derivan del cuidado de los hijos, que ya no puede continuar haciendo en forma personal la esposa que debe salir a trabajar. Añade Ferrer que la separación en sí misma es susceptible de ocasionar daño moral, como podría ocurrir con la

frustración de un proyecto de vida, lo que puede derivar en agobio y depresión por la pérdida de una vida conyugal normal, o por la pérdida de la compañía y asistencia espiritual de su cónyuge, que lo pueda llevar a la soledad, así como de su colaboración para la educación de los hijos, pudiendo asimismo sufrir alteraciones profundas en sus hábitos de vida social o profesional, etc.

Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además, porque dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto a los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio.

2.2.5.7. EFECTOS DE LA SEPARACION DE HECHO

- **ALIMENTOS**

En la causal de separación de hecho si bien no se habla de cónyuge inocente se trata de identificar al cónyuge perjudicado a quién se le protegerá entre otros con una pensión de alimentos, al respecto su fijación debe considerar como en el caso de las otras causales lo dispuesto por el artículo 350 del Código Civil, cesando la obligación alimentaria por el divorcio, salvo que el perjudicado no tuviera los bienes propios, gananciales suficientes, o esté imposibilitado de trabajar; perjuicio y condiciones de necesidad que deberán ser

invocados por el acreedor alimentario y establecidas en la sentencia de divorcio, luego del debate probatorio correspondiente. En el caso de los hijos menores de edad, la lógica varía sustancialmente por cuanto, recordemos, su estado de necesidad se presume.

- **PATRIA POTESTAD**

En el caso de la separación de hecho el dispositivo modificadorio aunque deficientemente debemos entender da un tratamiento de carácter remedio a lo concerniente al ejercicio de la patria potestad. Se dispone modificar el Art. 345 del C.C. y señala que resultan aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341 del C.C., las mismas que refieren que el padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos, quedando el otro suspendido en el ejercicio. Olvidó el legislador que a la fecha de la dación de la norma de divorcio se encontraba vigente la modificación del Código de los niños y adolescentes, que ya distinguía en los Arts 75 y 76 los supuestos de divorcio y separación de cuerpos por causal específica de la separación convencional, sancionando en el primer caso a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad, mientras que en el otro establece que ambos padres ejercen la patria potestad siendo encargada sólo la tenencia a uno de ellos. Teniendo en cuenta la ratio legis del dispositivo modificadorio que pretende equiparar para efectos de las relaciones paternas filiales como causales de divorcio remedio a la separación convencional y la separación de hecho, resulta de aplicación el acotado Art. 76 vigente y que ha modificado lo contenido por el Art. 340 del C.C. Por tanto, en la causal de separación de hecho al igual que en la separación convencional y divorcio ulterior ambos padres conservan la patria potestad, encargándosele la tenencia, como uno de sus atributos a

uno de los padres conservando el otro los demás derechos y atribuciones de cuidado, asistencia, orientación, vigilancia personal y patrimonial inherentes al ejercicio de la patria potestad.

- **FENECIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**

De conformidad a lo dispuesto por el art. 319 del C.C. modificado, relativo al fenecimiento de la sociedad de gananciales se establece que en los casos previstos en los incisos 5 y 12 del art. 333 del C.C., esto es la causal de abandono injustificado de la casa conyugal y la separación de hecho de los cónyuges se considera que la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho, apartándose de este modo de la regla general aplicable en la materia cual es que el fenecimiento se produce desde la fecha de la notificación de la demanda.

Cambio importante que genera más de una preocupación, que hace requerible una mayor exigencia en la probanza de la causal de separación de hecho y que nos hace dudar seriamente de que por ejemplo la denuncia policial y su subsiguiente constatación pueda tener mayor repercusión como prueba única al igual como ocurre en la causal culposa, ello teniendo en cuenta , que la probanza no sólo va a implicar la verificación de la causal sino además, la determinación de la fecha cierta de fenecimiento de la sociedad de gananciales, y todo lo que ello patrimonialmente involucra, que en casos de esta naturaleza resultan particularmente relevantes, si tenemos en cuenta adicionalmente que ya era muy frecuente en los procesos por abandono injustificado de la casa conyugal que el cónyuge demandante desconozca o afirme desconocer el domicilio del otro consorte y por tanto se continúe el proceso con un curador procesal, situación que no sería extraña se repita en la causal de separación de hecho.

Si la preocupación era que durante la separación de hecho de los cónyuges no se beneficie indebidamente al cónyuge que no aporta con su trabajo o cuidado al hogar, retornando solo a buscar productos en los cuales no contribuyó, para tal efecto ya existía la norma que lo impedía, la prevista en el art. 324 del C.C. , que no ha sido derogada y que no comprendemos como va a ser en adelante aplicada, si dispone que en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación, de lo que se deduce que el inocente u abandonado no los perdería , lo que es incompatible con el actual texto del art 319, que sin distinguir entre inocentes y culpables dispone la conclusión del régimen de sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho.

Tal vez lo más saludable si se quería clarificar los alcances y reglas del régimen patrimonial, hubiera sido incorporar como causal de fenecimiento de la sociedad de gananciales en el art. 318 la separación de hecho de los cónyuges señalando un plazo legal razonable.

2.2.5.8. LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO (27495) INDEMNIZACION

ARTÍCULO 345-A.- INDEMNIZACIÓN EN CASO DE PERJUICIO

"Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velara por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos deberá señalar una indemnización por

daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”.

La Ley N° 27495, vigente desde el 8 de julio de 2001, ha establecido por primera vez en el Perú una causal de divorcio que depende exclusivamente del cónyuge que quiere dar por terminado el matrimonio, a diferencia de las demás causales que dependen del incumplimiento de los deberes matrimoniales del otro cónyuge, permitiendo que por causa propia fenezca un matrimonio³⁰.

la causal, consistente en la separación de hecho de los cónyuges por más de 2 años, cuando no hay hijos y más de 4 años cuando hay hijos menores; si bien es cierto soluciona los problemas de parejas que muchos años se encontraban separadas, incluso con nueva pareja e hijos extramatrimoniales, también es cierto que facilita la rápida extinción de la unión matrimonial y en consecuencia, modifica sustancialmente la concepción del matrimonio, que ha dejado de ser una relación obligatoria en la que solo de mutuo acuerdo o por incumplimiento del otro contratante se resolvía, para dar paso a la nueva concepción que establece la resolución unilateral del matrimonio, desobligándose cualquiera de los esposos. La relación matrimonial no siempre fue así, en el pasado fue totalmente diferente, incluso la indisolubilidad era absoluta; salvo por muerte de uno de los cónyuges.

¿Por qué cambió el régimen imperante?

La dificultad de la probanza de la causa ajena para demandar el divorcio absoluto, produjo que muchas parejas se separaran y vivieran informalmente divorciadas, llegando a establecer nuevas relaciones

³⁰ Ley N° 27495, vigente desde el 8 de julio de 2001.

convivencia les, en muchos casos, denominadas en ese entonces, como adulterinas, con hijos que no eran reconocidos para evitar la denuncia por el delito de adulterio (mientras existió); y, un régimen de bienes distorsionado que atribuía la propiedad a nombre exclusivo del o la conviviente, para evitar hacer partícipe en el dominio a la esposa "legal", lo que en varios casos, habría llevado a actos abusivos de aprovechamiento y disposición por parte del o la nueva "consorte".

Se presentaron muchos proyectos de ley para incorporar la separación de hecho como causal de divorcio, a fin de dar solución a los múltiples problemas surgidos a consecuencia de las uniones de hecho impropias (por tener impedimento), con la férrea oposición de los sectores antidivorcistas.

2.2.5.9. EL NUEVO RÉGIMEN

El nuevo régimen va a solucionar la situación de muchas parejas que informalmente viven como divorciadas, permitiendo formalizar las nuevas relaciones de convivencia impropia surgida y, por ende, formalizar las relaciones que informalmente eran familiares.

Desde la vigencia de la Ley N° 27495, en el Perú se ha flexibilizado la forma de extinguir una relación de pareja. Ahora prevalece la voluntad de cada uno de los esposos. Si uno de ellos no quiere continuar con el otro, simplemente se desobliga separándose de hecho del hogar por el plazo que la ley establece, configurando así el supuesto fáctico que exige la nueva ley.

El único requisito exigido, además del tiempo transcurrido (4 años con hijos menores y 2 sin ellos) es que el demandante esté al día en el pago de las pensiones alimenticias judicialmente ordenadas. La

consecuencia prevista es el deber de indemnizar de quien ha promovido el divorcio, sin justa causa, a quien ha sido perjudicado.

Durante los 2 siglos pasados, prevaleció la concepción del matrimonio como institución o contrato obligatorio, el mismo que solo podía extinguirse por mutuo acuerdo o por causa de incumplimiento de la otra parte; pero nunca, unilateralmente por causa propia.

Ahora, el nuevo régimen ha cambiado la concepción institucionalista o contractualista, estableciendo la posibilidad de concluir la relación matrimonial en forma unilateral por causa propia; es decir, se ha suprimido el carácter de obligatoriedad que tiene todo contrato. Estamos pues, ante una nueva concepción del matrimonio.

Sin querer tipificar o atribuir algún término o expresión a la nueva concepción, tenemos claro que ahora prima la voluntariedad en la continuación o no de la relación matrimonial. Si de verdad alguno de los cónyuges ya no quiere seguir unido a la vida del otro (en el nosotros) y desea recuperar su individualidad (cada uno), simplemente se retira del hogar y dejando pasar el tiempo, consigue el divorcio. Nadie ahora va a permanecer, sin su voluntad, vinculado al otro.

2.2.5.10. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Esta indemnización tiene el carácter de una obligación legal que puede ser cumplida de dos modos: con el pago de una suma de dinero o con la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, se trata de dos soluciones de carácter alternativo, excluyente y definitivo.

Es preciso señalar que esta indemnización no tiene por finalidad el resarcir daños sino el de equilibrar las desigualdades económicas que resulten de la ruptura matrimonial, por ello no tiene un carácter

alimentario pues la indemnización se da por una sola vez, a diferencia de los alimentos que son de carácter periódico.

Estas desigualdades deben ser constatadas por el Juez durante el proceso en base a los medios probatorios presentados por las partes, pero teniendo en cuenta que la separación de hecho no haya sido ocasionado por culpa exclusiva del cónyuge que resultó más perjudicado, por ello es necesario que exista una relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho. La indemnización además debe ser fijada con criterio equitativo, teniéndose en cuenta circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad de reinserirse al campo laboral, dedicación al hogar y a los hijos menores de edad, teniendo en cuenta las condiciones económicas, sociales y culturales de las partes.

En cuanto a la adjudicación de los bienes al cónyuge perjudicado se ha precisado que se hará preferentemente sobre la casa en la que habita la familia, o en todo caso el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, pudiendo el Juez disponer la adjudicación del menaje diario del hogar.

Ahora bien, el pedido de indemnización o adjudicación la podrá efectuar inclusive la parte demandante, quien lo manifestará al momento de la presentación de la demanda, mientras que la parte demandada si se considera la más perjudicada podrá reconvenir solicitando la indemnización o adjudicación; es más, luego de la postulación de la demanda y en cualquier estado del proceso cualquiera de las partes podrá solicitar la indemnización siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

Por otro lado, la indemnización o adjudicación podrá ser dispuesta de oficio por el Juez a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste

haya expresado de algún modo y durante el proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado y haya presentado pruebas al respecto.

En este extremo nos debemos remitir al artículo 196 del Código Procesal Civil que establece que salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, por ello, si no se puede identificar al cónyuge perjudicado, no existe medio probatorio al respecto, ni indicio ni presunción al respecto, el Juez no está obligado a fijar una indemnización.

Si alguna de las partes invoca ser el cónyuge perjudicado después de la etapa de fijación de puntos controvertidos, se correrá traslado a la otra parte a fin de que pueda tomar conocimiento y presentar sus medios probatorios de ser el caso; y si se invoca luego de la audiencia de pruebas, los medios probatorios presentados sólo podrán ser los de actuación inmediata.

2.2.5.11. DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO JURISPRUDENCIA CIVIL

A continuación analizaremos el divorcio por causal de separación de hecho. Veremos cuando se configura dicha causal de divorcio y cuál es el requisito especial para su invocación. Asimismo, examinaremos en que supuesto el cónyuge perjudicado puede recibir una indemnización y en qué consiste la misma.

(1) CÓDIGO CIVIL

Artículo 333.- *Son causas de separación de cuerpos:*

1. El adulterio.

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

1. ¿Qué es el divorcio remedio?

“[El divorcio remedio] importa una solución al conflicto matrimonial, donde los cónyuges no expresan los motivos que ha causado esa confrontación perniciosa que afecta la permanencia del matrimonio. No interesa investigar cuál de los cónyuges es el culpable que genera el divorcio, basta que se presenten causas objetivas que revelen la

imposibilidad de mantener la convivencia, como acontece con la separación de hecho sin la posibilidad de unirse.”

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

2. ¿Qué es el divorcio sanción?

“[El divorcio sanción] como sistema subjetivo que se basa en la tipificación de las conductas culpables que al ampararse la demanda genera sanciones para el cónyuge culpable en la esfera familiar y patrimonial.”

3. ¿El divorcio sanción remedio y el divorcio sanción están contemplados en el ordenamiento jurídico peruano?

“Ambos sistemas coexisten en el Código Civil en su artículo trescientos treinta y tres incisos uno al trece (...)”.

4. ¿Cuándo se configura la separación de hecho?

“(...) la separación de hecho de los cónyuges por un período prolongado e ininterrumpido de dos a cuatro años, según sea el caso, sin la voluntad de hacer vida en común, puede acaecer por el abandono de hecho de uno de ellos, por provocar el uno el alejamiento del otro, o por acuerdo mutuo de separarse de hecho en otras vicisitudes. Cualesquiera que fuere la circunstancia, ‘la interrupción de la cohabitación durante un lapso prolongado constituye la revelación más evidente de que el matrimonio ha fracasado’, es por eso que el divorcio por esta causal objetiva no requiere que los cónyuges manifiesten las motivaciones que los llevaron para interrumpir su cohabitación. Basta confirmar que el hecho objetivo que dejaron de vivir en consuno y, que cada uno de ellos vivió separadamente del otro, sin el ánimo de unirse. Sin embargo, la separación temporal de los cónyuges no debe tener como causa hechos ajenos a la voluntad

de ambos, esto es sin que una necesidad jurídica lo imponga, por ejemplo, por razones de trabajo que uno de los casados deba ausentarse, en cuyo caso la causal no es viable, siendo que la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco establece: "para efectos de la aplicación del inciso duodécimo del artículo trescientos treinta y tres no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo."

5. ¿Existe algún requisito especial de procedibilidad para invocar la separación de hecho?

"(...), procediendo a analizar el sentido del artículo trescientos cuarenta y cinco A del Código Civil, corresponde señalar que la citada norma establece que: "para invocar el supuesto del inciso duodécimo del artículo trescientos treinta y tres del Código Civil, 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.(...) en cuanto al primer supuesto de la norma denunciada que establece que el demandante deberá acreditar el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias como requisito de procedibilidad de la demanda, ello nos remite al contenido de los alimentos, entendido como todo aquello que es indispensable para el sustento, vestido, habitación y asistencia médica, asimismo cuando se trata de un menor de edad alimentista, el concepto de alimentos comprende también educación, instrucción y capacitación para el trabajo a tenor de lo establecido por el artículo cuatrocientos setenta y dos del Código Civil, advirtiéndose que en el caso de autos ambas instancias analizando la situación controvertida han determinado que el

demandante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias (...).".

6. Dado que el divorcio por la causal de separación de hecho pertenece a la categoría de divorcio remedio, ¿el cónyuge perjudicado podrá tener o no derecho a una indemnización?

"(...), procediendo a analizar el sentido del artículo trescientos cuarenta y cinco A del Código Civil, corresponde señalar que la citada norma establece que: (...) 'El Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de los hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal'. (...) en cuanto preceptúa indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, corresponde señalar que si bien es cierto que, el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo trescientos treinta y tres inciso duodécimo del Código Civil modificado por la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivo la separación de hecho, sea porque: se alejó del hogar, sea porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras. Aseveración que servirá para que el Juez al momento de sentenciar, apreciando en conjunto y razonadamente los medios de prueba, dicte las medidas tuitivas que permitan velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, así como la de los hijos e incluso señalando una indemnización por daños, incluyendo el daño personal. Daño que se encuentra dentro de la responsabilidad extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo familiar que relaciona a las partes involucradas en el

conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro (*alterum non laedere*) (...)"

7. ¿Quién es el cónyuge perjudicado?

"(...) cuando el citado extremo de la norma [artículo trescientos cuarenta y cinco A del Código Civil establece que el Juzgador deberá velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado con la separación de hecho y de los hijos, señalando la indemnización por daños o la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, la interpretación correcta de la norma al referirse al 'cónyuge que resulte perjudicado' está referido a **aquél que no ocasionó la separación de hecho** y por otro, es obligación del Juzgador una vez establecida la existencia de un cónyuge damnificado, fijar la indemnización correspondiente cuyo efecto es reparador respecto de las lesiones que se hubiese podido causar."

8. ¿Qué abarca la indemnización a favor del cónyuge perjudicado?

"Indemnización que abarcaría tanto el daño moral que sería nada menos que la aflicción a sus sentimiento como el dolor, la pena el sufrimiento ocasionado por el alejamiento definitivo de su cónyuge; el daño a la persona cuando se lesiona a la persona en sí misma en su integridad psicofísica y/o en su proyecto de vida, como por ejemplo, entre otras, la frustración de un proyecto personal de vida matrimonial normal; como el daño patrimonial emergente conforme a la situación fáctica establecida, la existencia del cónyuge perjudicado así como los daños que se hayan podido causar."

Demos una breve explicación al respecto. Hay 3 clases de daños:

a) Daño material, b) Daño moral y c) Daño a la persona.

a) Daño material: Es el perjuicio económico o patrimonial, fácilmente cuantificable por ejemplo, mientras dicto una charla chocan mi automóvil.

b) Daño moral: Es el perjuicio psicológico o extrapatrimonial que me causa dolor, desasosiego, tristeza y lágrimas. Por ejemplo matan a mi madre mientras cruzaba una avenida. Este daño es difícil de cuantificar o reparar; sin embargo, es posible una indemnización pecuniaria.

c) Daño a la persona: introducido por el Maestro Dr. Carlos Fernández Sessarego³¹, en el Proyecto del Código Civil de 1984, en el art.17, que lamentablemente fue suprimido por la Comisión Revisora, pero que aparece en el art. 1985 del mismo cuerpos de leyes, es la frustración de un proyecto de vida libremente escogido; por ejemplo que a aquel que tiene la vocación de ser futbolista y nada más que futbolista porque ese es su proyecto de vida, se le amputa una pierna. Sin una pierna podrá ser un buen abogado, pero no desea ser abogado, o podrá ser un gran médico pero no quiere ser médico, lo que ha deseado, desea y deseará es ser futbolista y nada más que futbolista y al cortársele una pierna le han frustrado su proyecto de vida.

Parecería ser que cuando la norma dice "incluyendo el daño personal", se estaría refiriendo a ese daño a la persona, es decir que el cónyuge perjudicado se ha visto frustrado en su proyecto de vida, es decir, de convivir con ese cónyuge y solamente en él y no con otro. La tercera medida es que el juez ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado,

³¹ Carlos Fernández Sessarego, en el Proyecto del Código Civil de 1984, en el art.17.

independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Algunos consideran que estas medidas protectoras del cónyuge perjudicado, hacen notar que no se ha pasado a la concepción del divorcio remedio, porque son obligaciones que hay que cumplir, a mi concepto si se ha pasado al divorcio remedio, pese a estas obligaciones, porque el cónyuge demandante lo que desea es divorciarse y si para ello tiene que haber pasado alimentos al cónyuge o a los hijos, lo dará y si tiene que dar una indemnización, igualmente lo dará y si tiene que adjudicarle preferentemente la parte que le corresponde de la sociedad de gananciales, al cónyuge perjudicado, también lo hará, máxime, cuando lo que se le va a adjudicar es el 50% de las bienes de la sociedad conyugal, porque lo que se adjudica no son todos los bienes en su integridad, ya que el cónyuge demandante o perjudicante, según al lenguaje del legislador, contrario sensu a cónyuge perjudicado, lo que quiere es liberarse del matrimonio para comenzar otro proyecto de vida o solucionar su situación jurídica familiar.

2.2.5.12. DE CARA A LA REALIDAD.

PROVINCIAS	MATRIMONIOS	DIVORCIOS
HUANCAVELICA	254	5
ACOBAMBA	128	3
ANGARAES	56	1
CHURCAMPA	61	2
CASTROVIRREYNA	5	0
HUAYTARA	10	1
TAYACAJA	99	2
TOTAL	613	14

Fuente: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - INEI. (2012)

En las oficinas del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. (2013) – Huancavelica, se encuentran registradas seiscientos trece (613) matrimonios y catorce divorcios; de los cuales en la provincia de Huancavelica, sean celebrado doscientos cincuenta y cuatro matrimonios (254), y cinco divorcios (5).

En la provincia de Castrovirreyna durante el año dos mil doce solo se han celebrado cinco matrimonios (05).

2.3. DEFINICION DE TERMINOS BÁSICOS

Dentro de nuestra investigación utilizaremos una serie de conceptos e instituciones, las que brevemente pasamos a describir según *Cornejo Chávez, Héctor.* ³²:

ALIMENTOS.-Eti mológicamente, la palabra viene del latín “*alimentum*”, que deriva, a su vez de “*alo*”: que significa nutrir. El artículo 472° del Código Civil establece que “se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia (...)”.

DAÑO.- Es un mal causado a una persona o cosa. es “el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona”.

DESAMPARAR.- Abandonar a una persona necesitada de protección.

DISCERNIMIENTO.- Es la aptitud de un individuo –especialmente de un menor- para distinguir el bien del mal y lo que es lícito de lo que es punible. En su acepción procesal,

³² CORNEJO CHÁ VEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Tomo 11-6 edición. Librería Studium. Lima, 1987.

significa encargar de oficio, el Juez, la tutela de un menor, la curatela de ausente u otro cargo.

DIVORCIO.- Disolución del vínculo matrimonial, pronunciada por el Poder Judicial, en vida de los cónyuges, a requerimiento de uno de ellos, en los casos en que se imputa alguna causal al otro cónyuge; o ambos tratándose de mutuo acuerdo.

FAMILIA.- Es una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas, unidas íntimamente por vínculos de sangre o por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación, y que se sujetan a una conducta y convivencia en un mismo domicilio.

MATRIMONIO.- Sociológicamente es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley. Desde el punto de vista del Derecho, es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos.

SEPARACIÓN.- (...) A la separación de cuerpos la doctrina también la ha denominado "separación conyugal", "separación del matrimonio" y con mayor propiedad "separación judicial".

SEPARACIÓN DE HECHO.- El inciso 12) del artículo 333° del Código Civil, contempla la causal de separación de hecho de los cónyuges, la cual deberá ser durante un período ininterrumpido de dos años si no tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tuvieran. Elementos de la causal.

VIOLENCIA FAMILIAR.- Cualquier acto u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción grave, que se produce entre:

- a) Cónyuges.
- b) Convivientes.

- c) Ascendientes.
- d) Descendientes.
- e) Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o
- f) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones.

INDEMNIZACION.- Se entiende por indemnización a la reparación y/o resarcimiento de algún daño causado a un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico sea este mueble e inmueble.

2.4. HIPÓTESIS

Hi. Para lograr la efectiva ejecución de la indemnización para el cónyuge perjudicado como consecuencia de la causal de separación de hecho, se crearía un Registro de Deudores de Indemnización - REDI Registro de Deudores de Indemnización.

2.4.1. Identificación de Variables e indicadores.

(X) VARIABLE INDEPENDIENTE: EJECUCION DE LA INDEMNIZACION PARA EL CONYUGE PERJUDICADO, COMO CONSECUENCIA DE LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO.

(Y) VARIABLE DEPENDIENTE: RESARCIR EL DAÑO OCASIONADO EN EL CONYUGE PERJUDICADO MEDIANTE LA INDEMNIZACION.

HIPOTESIS	VARIABLE INDEPENDIENTE (X)	INDICADORES
Con la ejecución de la indemnización oportuna el cónyuge perjudicado como consecuencia de la causal de la separación de hecho, se estaría resarcido el daño ocasionado.	EJECUCION DE LA INDEMNIZACION DEL CONYUGE PERJUDICADO, COMO CONSECUENCIA DE LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO	1. Indemnización. 2. La causal de separación de hecho 3. Constitución Política del Perú. 4. Código Civil. 5. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 6. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 7. Sentencias de Primera y Segunda Instancia en materia Civil-Familia.
	VARIABLE DEPENDIENTE (Y)	INDICADORES
	RESARCIR EL DAÑO OCASIONADO EN EL CONYUGE PERJUDICADO.	1. Cónyuge perjudicado. 2. Daño moral, lucro cesante daño emergente. 3. Perjuicio económico, perjuicio moral, perjuicio 4. Sentencias Judiciales en materia civil-familia 5. Resoluciones de Autos definitivos

75

CAPITULO III:

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 ÁMBITO DE ESTUDIO:

Lugar : Provincia: Huancavelica

Departamento: Huancavelica.

Tiempo : Inicio – 09 de diciembre del 2013.

Termino – 22 de enero del 2014.

Población: Cónyuges que vienen sosteniendo procesos judiciales a consecuencia de la separación de hecho en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica durante el año judicial 2012.

Ámbito Doctrinal: Es un tema de derecho privado, especialidad de Derecho Civil, en la especialidad de Derecho de Familia.

3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN:

El tipo de investigación que se utilizara será descriptivo y explicativo, de acuerdo a las situaciones sociales que se obtienen de los expedientes judiciales pertenecientes al Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica de la provincia de

Huancavelica, para demostrar la hipótesis planteada y dar una solución de carácter jurídico social, al problema señalado.

3.3 NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

Básica- El nivel de investigación, que se desarrollara en el presente trabajo, será el básico de carácter descriptivo y explicativo, de ámbito doctrinario; en el cual se tratara sobre la separación de hecho, situación muy latente en nuestra sociedad, pues es una situación de mayor arraigo en el Perú y específicamente en Huancavelica, observaremos que de diez relaciones conyugales, siete de ellas viven separados más de dos años, lo cual conlleva a una separación de hecho inminente.

Aplicativa- Se utiliza este nivel de investigación debido al contacto que se tuvo con los expedientes del Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica a fin de sacar la información correspondiente.

3.4 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:

Para poder realizar este trabajo de investigación se ha tenido que utilizar el método de Investigación Explicativa, que se encarga de buscar el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa – efecto.

3.5 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:

Se ha tenido que utilizar como soporte y cumplimiento de este método de investigación, el diseño de Investigación Documental, la cual nos ha permitido realizar el análisis de los datos adquiridos provenientes de libros, folletos, revistas, etc.

3.6 POBLACIÓN, MUESTRA, MUESTREO:

POBLACION: Lo constituye 65 expedientes judiciales; los mismos que han sido tramitados en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica durante el año 2012; teniendo como petitorio el divorcio por la causal de separación de hecho.

MUESTRA: Constituye 42 expedientes judiciales, que han sido tramitados en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica en los cuales se ha reconocido la indemnización para el cónyuge perjudicado.

3.7 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

La técnica a emplearse en la presente investigación serán las el análisis documentario y las sentencias emitidas, para dar con el origen del problema y sus efectos en la población; y como instrumento a emplearse son las fichas de análisis documental.

3.8 PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

- **PRIMERO:** Se realizara gestiones con la Jueza del Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, para la ejecución del proyecto.
- **SEGUNDO:** Se realizara el proceso de validez y confiabilidad del instrumento realizado para la recolección de datos y la obtención de información mediante la manipulación del sistema y el acervo documental.
- **TERCERO:** Se aplicara el instrumento de las fichas de análisis documental tanto para la V1 YV2 teniendo en consideración los horarios de 8: am a 12:45 pm. Teniendo como meta recolectar la mayor información posible
- **CUARTO:** Se preparan los datos para su procesamiento a través de la codificación y tabulación de resultados.

3.9 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS:

- ESTADISTICA DESCRIPTIVA: Se empleara cuadros estadísticos simples gráficos de sectores, medidas de tendencia central.
- ESTADISTICA REFERENCIAL: Para el contraste de la hipótesis se utilizara el coeficiente de correlación GAMMA.
- PAQUETES Y SOFTWARE ESTADISTICOS: Se empleara el SPSS 15.0 Y Microsoft Office 2010.

CAPITULO IV:

PRESENTACION DE RESULTADOS

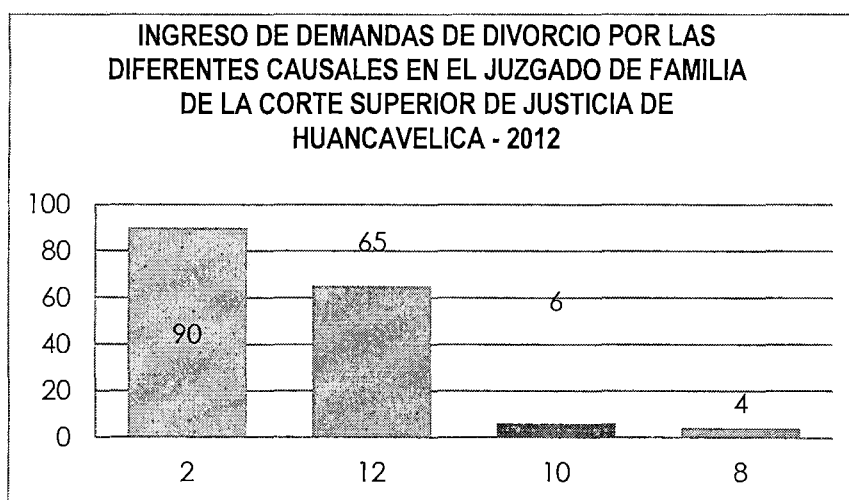
4.1 PRESENTACION DE RESULTADOS

En primer lugar se dará a conocer los resultados obtenidos de conformidad a los datos obtenidos de la revisión de sentencias de divorcio por la causal de Separación de Hecho del Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, correspondientes al año judicial 2012.

GRÁFICO Nº 01

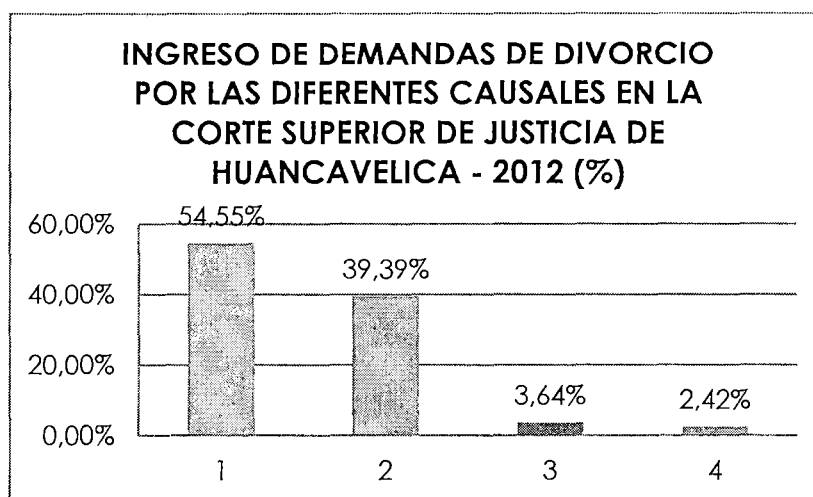
INGRESOS DE DEMANDAS DE DIVORCIO POR DIVERSAS CAUSALES INGRESADOS AL JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANCVELICA DURANTE EL AÑO 2012

CAUSAL	INCISOS ART. 333º C.C	CANTIDAD
La violencia física o psicológica, que el juez apreciara según las circunstancias.	2	90
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	12	65
La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.	10	6
La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.	8	4



En el presente grafico, es posible observar que durante el año judicial 2012, ingresaron al Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica demandas invocando diversas causales para la consecucion del divorcio siendo la causal mas invocada La violencia física o psicológica, que el juez apreciara según las circunstancias haciendo la misma un total de 90 noventa demandas ingresadas; así mismo, tenemos que

la segunda causal invocada fue la de la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años haciendo un total de 65 sesenta y cinco demandas ingresadas; se tiene también que la tercera causal invocada fue La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio haciendo un total de 10 diez demandas ingresadas; y finalmente tenemos que la causal invocada de manera ínfima fue la causal de la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio haciendo un total de 04 cuatro demandas ingresadas.

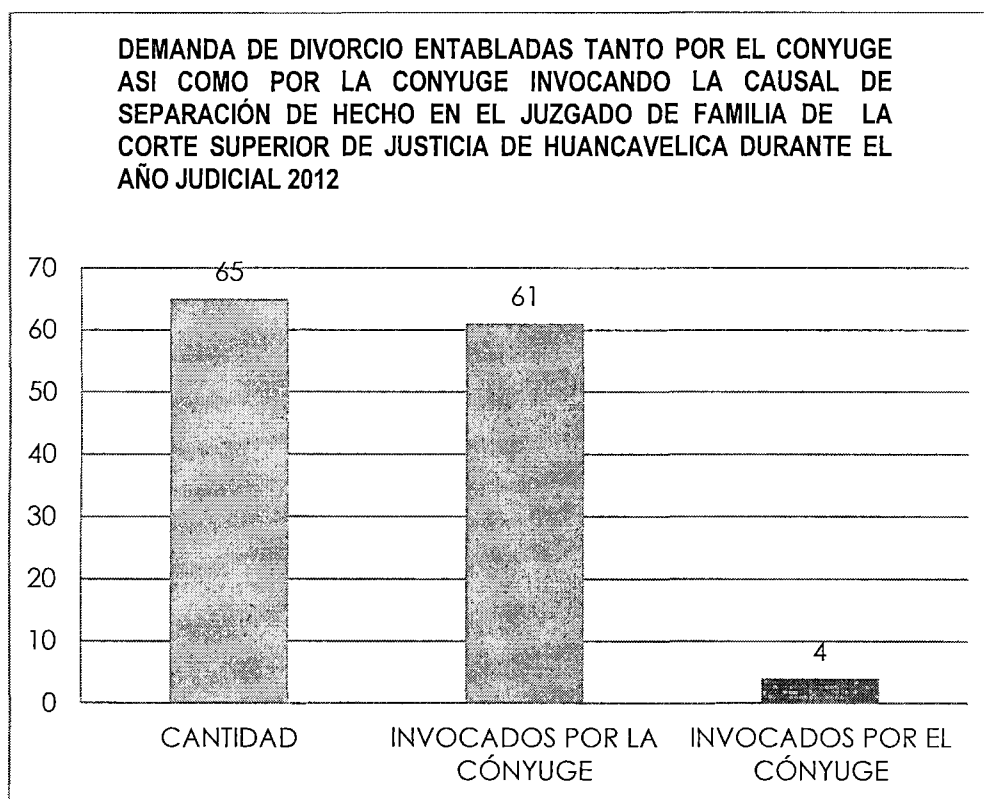


Ahora veamos que de conformidad al 100% de las demandas accionadas para conseguir el divorcio por las diversas causales invocadas, se tiene que la causal amparada en el inciso 2º del Código Civil Peruano como es la violencia física o psicológica, que el juez apreciara según las circunstancias; es la que hace un total del 50% del total; por otro lado se tiene que la causal amparada en el inciso 12º del Código Civil es la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años haciendo un total del 30%, se tiene también que la causal amparada en el inciso 10º es la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio sumando un 15%, y finalmente tenemos la causal del divorcio amparada en el inciso 8º como es la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, sumando un total 5%.

GRÁFICO N° 02

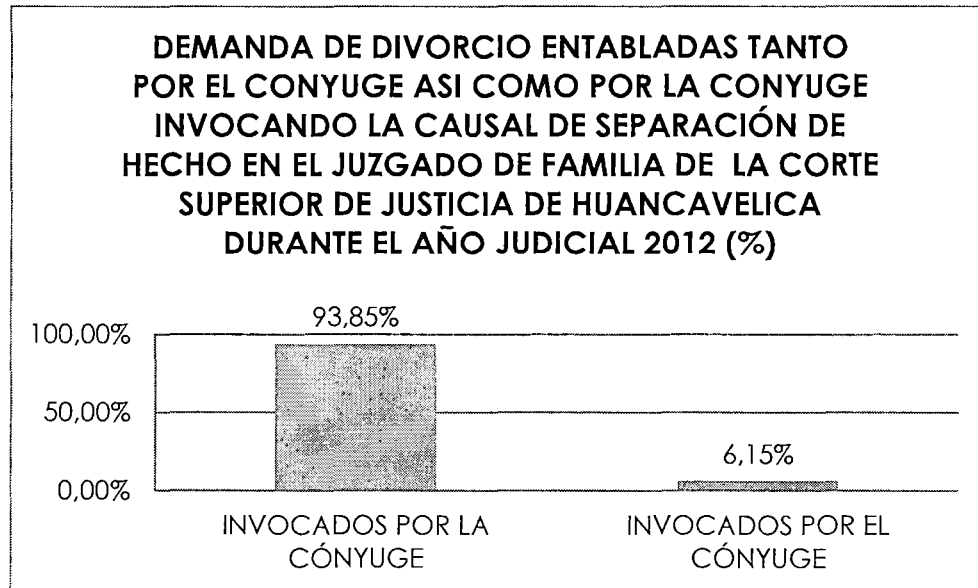
DEMANDA DE DIVORCIO ENTABLADAS TANTO POR EL CONYUGE ASI COMO POR LA CONYUGE INVOCANDO LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO PARA LA CONSECUION DEL DIVORCIO EN EL JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANCAMELICA DURANTE EL AÑO JUDICIAL 2012

CANTIDAD	INVOCADOS POR LA MUJER	INVOCADAS POR EL VARON
65	61	4



En el presente grafico es posible observar; que por accionantes para entablar una demanda de divorcio por la causal de Separación de hecho en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica se tiene que tanto al varón como a la mujer poseen el interés de disolver el vínculo matrimonial teniendo así que, la mujer solicita la

disolución del matrimonio haciendo un total de 61 sesenta y uno demandas incoadas por esta, de la misma manera se tiene que el varón acciona también la disolución del matrimonio haciendo un total de 04 demandas incoadas por el cónyuge.

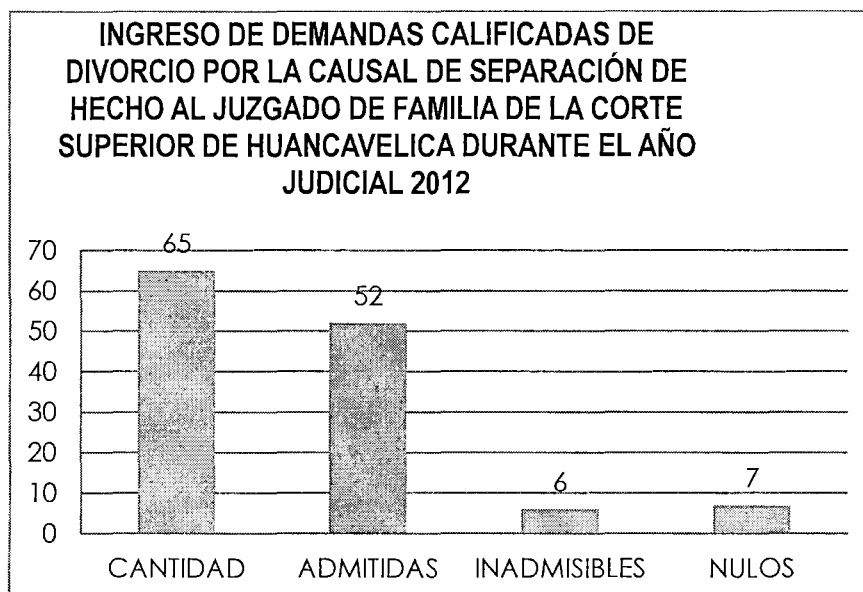


Se tiene que del 100% de las demandas de divorcio teniendo como causal la separación de hecho son incoadas tanto por la cónyuge así como por el cónyuge; alcanzando un 93.85% noventa y tres punto ochenta y cinco accionado por la mujer y un 6.15% seis punto quince por ciento por el varón.

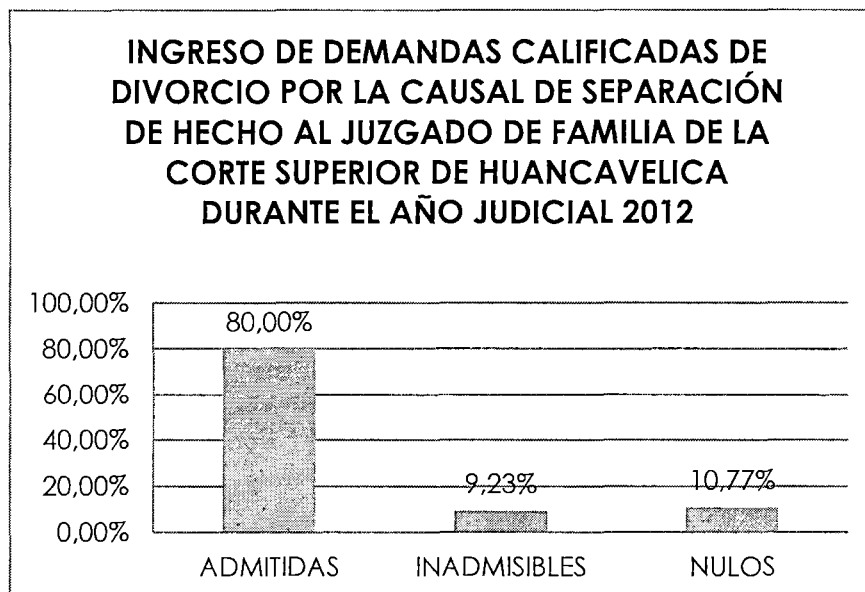
GRÁFICO N° 03

INGRESO DE DEMANDAS CALIFICADAS DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO AL JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE HUANCVELICA DURANTE EL AÑO JUDICIAL 2012

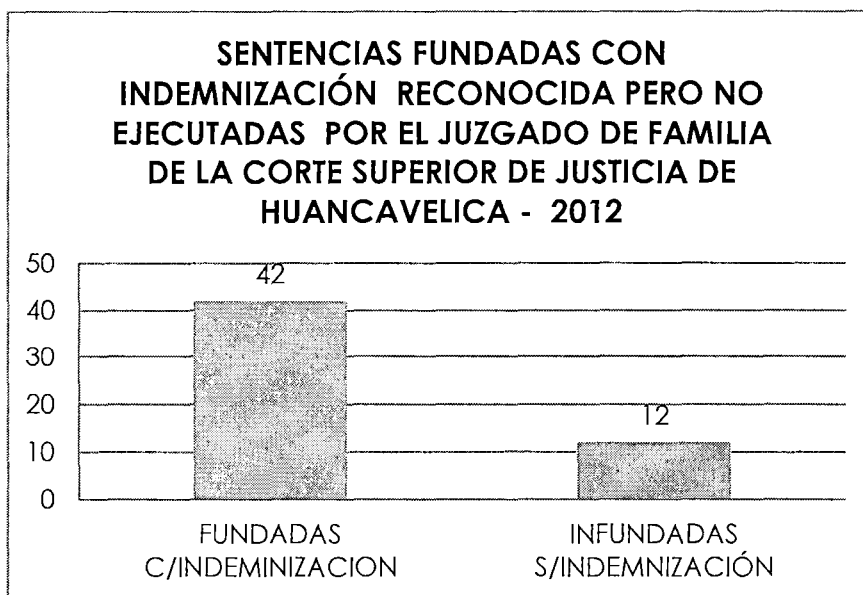
CANTIDAD	ADMITIDAS	INADMISIBLES	NULOS
65	52	6	7



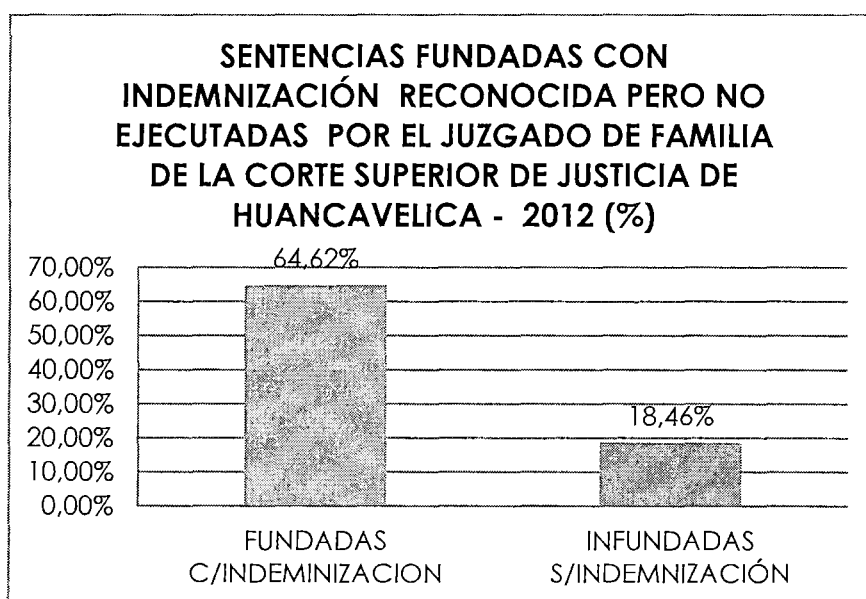
En el presente grafico a describir se observa que del total de demandas de divorcio por la causal de Separación de Hecho llevados acabo en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica siendo 65 sesenta y cinco, de los cuales fueron calificados resultando 52 cincuenta y dos demandas admitidas; y 06 seis demandas inadmisibles y finalmente resultando 07 siete demandas nulas.



En el presente gráfico, se observa que durante el año judicial 2012, ingresaron al Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, 65 sesenta y cinco demandas de divorcio por la causal de Separación de Hecho las cuales fueron admitidas la cantidad de 52 cincuenta y dos demandas de divorcio por la causal de Separación de Hecho, que implica el 80%, y habiendo sido declarados inadmisibles el 06 seis que implica el 10% y finalmente tenemos a las demandas que fueron declaradas nulas en la cantidad de 07 lo cual implica el 11%.

GRAFICO Nº 04

En el presente grafico a describir se puede observar que de las 65 sesenta y cinco demandas de divorcio por la causal de Separación de Hecho ingresadas al Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, 42 cuarenta y dos concluyeron en sentencias fundadas que reconocían la indemnización al cónyuge perjudicado; y finalmente 16 dieciséis demandas concluyeron en sentencias infundadas y por consiguiente sin reconocimiento de la indemnización para el cónyuge perjudicado.



En el presente gráfico, se tiene que durante el año judicial 2012, de las sentencias emitidas por el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, sobre divorcio por la causal de separación de hecho el 60% sesenta por ciento han concluido en sentencias de carácter fundado del cual se deduce que fueron amparados y dispuestas el reconocimiento de la indemnización para el cónyuge perjudicado pero a la fecha no ejecutados; haciendo un total de 42 cuarenta y dos expedientes; por otro lado se tiene que un 38% treinta y ocho por ciento de sentencias desestimaron la pretensión de los demandantes y no reconocieron la indemnización correspondiente haciendo un total de 16 expedientes cincuenta y tres expedientes.

CONCLUSIONES

1. Se ha podido observar a lo largo del desarrollo de la presente investigación que si bien el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, posee ingresos cuantiosos de demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, y estos a su vez concluyen en sentencias favorables para el cónyuge perjudicado, pero estas no son ejecutadas pese al requerimiento constante de los justiciables.
2. Si bien el Juez tiene la obligación de velar por la estabilidad del cónyuge perjudicado, debe fundamentar sus decisiones en las pruebas que se ofrezcan y actúen en el proceso.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, ejecute las indemnizaciones pendientes a fin de garantizar la correcta administración de justicia.
2. Se recomienda a los operadores jurídicos como lo es en el presente trabajo de investigación el Juez que al momento de emitir los fallos ya sean fundados e infundados se encuentren debidamente motivados y se valoren de una forma considerable los medios probatorios ofrecidos por las partes a lo largo del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

1. Armas Meza Jaqueline Rosario "Las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho en el derecho peruano" Lima-Perú (2010).
2. Álvarez Olazabal; Elvira María "separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio ¿permisividad o solución?" Lima-Perú (2006).
3. Albaladejo, MANUE "El negocio jurídico", Bosch, Barcelona 1993
4. Arias Schreiber, MAX Pezett, Código Civil Peruano de 1984. Exegesis tomo I, Librería Estudion, Lima, 1986.
5. A. Borda, GUILLERMO Manual de Derecho Civil, Parte General, décimo tercera edición actualizada, editorial Perrot, Buenos Aires 1986.
6. Espinoza Espinoza, JUAN. Derecho de las Personas, quinta edición editorial Rhodas, Lima, 2006.
7. . Ferrero Costa, RAUL el negocio jurídico, Rocarme, Lima, 1974.
8. BUSTAMANTE, Emilia. "Separación de hechos: Puntos críticos" en Revista Jurídica del Perú. N° 18, 1999-2001.
9. CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. "Divorcio ¿remedio en el Perú? En Derecho PUC N° 54, 2001.
10. GACETA JUDICIAL Tomo No. XLII, pág. 476 y ss. Casación Noviembre 30 de 1935. Tomado del libro de Elías Alberto Chacón Quintero. "La Unión Estable de Hecho". Ob. Cit. Pág. 240 y ss.

11. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. "Procesos de separación de cuerpos y divorcio". Lima: Gaceta Jurídica, 2007.
12. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Separación de hecho entre cónyuges", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, pag. 283
13. MANZANOS BILBAO, Cesar. "la Separación Matrimonial", Editorial Fundamentos, Madrid, 2000, pag 243
14. PLÁCIDO V., Alex F. "Divorcio: Reforma al régimen de decaimiento y disolución del matrimonio". Lima: Gaceta Jurídica, 2001.
15. PLÁCIDO V., Alex F. "Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil". Lima: Gaceta Jurídica, 2008. UMPIRE NOGALES, Eulogio Rolando. "El Divorcio y sus causales". Lima: Lej, 2001.
16. TOC RAYMUNDO, Jorge Max: *La Transformación del Derecho de Familia en Guatemala, universidad de san Carlos de Guatemala*, facultad de ciencias jurídicas sociales. Guatemala. 2008. Pág. 19.

FUENTES:

17. WWW.GOOGLE.COM
18. WWW.WIKIPEDIA.COM
19. WWW.MONOGRAFIAS.COM
20. WWW.PJ.GOB.PE
21. www.TC.GOB.PE

ANEXOS



Expediente : 00692-2009-0-1101-JR-FC-01
Demandante : Julia Ramos Huamán De Mancha
Demandado : Salvador Mancha Carhuapoma..
Materia : Divorcio por Causal de Separación de Hecho.
Proceso : Conocimiento
Secretaria : María Carmen Matamoros Curipaco.

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTITRES
Huancavelica, veintiuno de noviembre
Del año dos mil doce.-

VISTOS: Puesto en Despacho para Sentenciar, se tiene:

1) Demanda: Que por escrito de folios cinco a doce y subsanación de folios diecisiete a dieciocho, doña Julia Ramos Huamán De Mancha interpone Demanda de Divorcio por la Causal de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho por más de dos años y en acumulación objetiva accesoria la extinción de la Sociedad de Gananciales contra doña Salvador Mancha Carhuapoma y el Ministerio Público, sosteniendo como Fundamentos de hecho: **1.1)** Con fecha quince de junio de mil novecientos sesenta y ocho contraje matrimonio civil con la demandada ante la Municipalidad Provincial de Huancavelica de cuya unión matrimonial no hemos procreado hijos; **1.2)** Respecto al Abandono Injustificado de la Casa conyugal; desde un principio nos instalamos a vivir en la Avenida Augusto B. Leguía, sin número, Barrio de Santa Ana – Huancavelica, fijándolo como domicilio conyugal; y, conforme se acredita con el certificado de inscripción del RENIEC de la demandada de fecha cuatro de setiembre del dos mil nueve mi cónyuge vive en la Avenida Celestino Manchego Muñoz número 758, Santa Ana – Huancavelica, desde el veinticinco de setiembre del dos mil tres, en que abandono el hogar conyugal, este documento de fecha cierta que acredita fehacientemente que la demandada reside habitualmente en un lugar distinto al domicilio conyugal, en aplicación de la Ley número 26497 y el D.S. número 015-98-PCM. La designación del lugar de residencia habitual (domicilio real) contenido en el documento de identidad es un hecho público y notorio en virtud del principio de publicidad registral. Por este principio se presume, sin admitirse prueba en contrario, de que todos están enterados del contenido de las inscripciones. Esta presunción es “*juris et de jure*” porque no se admite prueba en contrario, nadie podrá alegar desconocimiento o ignorancia de lo que aparece inscrito en las formas y/o fichas de inscripción que constan en los Registros Públicos, en este caso el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). El abandono de la casa conyugal fue injustificado, pues la demandada dejó el hogar para irse a vivir a la casa que perteneció a sus padres, incumpliendo deliberadamente las obligaciones relativas a la esposa; **1.3)** He optado por solicitar la disolución del vínculo matrimonial, porque, a pesar que en la actualidad vivimos separados, considero que los hechos expuestos han traído como consecuencia, una situación de intolerancia y resentimientos mutuos que hacen que sea imposible reanudar la vida en común y no propician de modo alguno una reconciliación ulterior entre ambos; **1.4)** Duración del abandono y/o separación de hecho; En efecto las denuncias policiales por abandono o retiro voluntario efectuadas por uno de los cónyuges sólo demostrarán el hecho del alejamiento del domicilio conyugal y la fecha probable en que dio inicio la separación de hecho, sin embargo, por si solas no acreditarán el cumplimiento del elemento temporal que se verifica en la comprobación del transcurrir del tiempo. Podrán probar ese transcurrir del tiempo, por ejemplo, los actuados judiciales o extrajudiciales con fecha cierta en lo que los cónyuges admiten la situación de vivir separados de hechos desde cierta fecha. En este caso, el elemento temporal se acredita con el Certificado de Inscripción expedido por el RENIEC el cuatro de setiembre del dos mil nueve, donde se aprecia que la demandada vive interrumpidamente en la Avenida Celestino manchego Muñoz número 758, Santa Ana, desde el veinticinco de setiembre del dos mil tres; **1.5)** Acumulación de pretensiones de abandono de hogar y separación de hecho, el Primer Pleno Jurisdiccional de Familia sobre el tema “La separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y Divorcio”, organizado por la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, presidida por el Doctor Lorenzo Montañéz Gonzáles, tomó el siguiente acuerdo que constituye precedente de observancia necesaria para el resto de la judicatura en todo el país. “*Se puede demandar acumulativamente como pretensión principal el divorcio por la causal de abandono injustificado del hogar conyugal y como pretensión subordinada el divorcio por la causal de separación de hecho*”; **1.6)** Extinción de la Sociedad de Gananciales, el régimen económico matrimonial existente es el de Sociedad de Gananciales, durante el matrimonio la sociedad conyugal no adquirió bienes muebles ni inmuebles, salvo el menaje del hogar, que se encuentran en poder de la demandada; Fundamentación jurídica: Inciso



12) del artículo 333° del Código Civil concordante con el artículo 349° del Código precitado; Legislación Argentina – Ley N° 23515 y Ley N° 27495; Primer párrafo del artículo 345° - A del Código Civil, segundo párrafo del artículo 291° Código Civil, artículos 318° y 319° del Código Civil y artículo 480° del Código Procesal Civil; **Desarrollo de las principales etapas procesales:** 2) **Auto Admisorio:** Es admitida la demanda mediante Resolución número Dos a folios diecinueve, en la vía de proceso de Conocimiento, *luego que mediante Resolución número Uno fuera declarado inadmisibile, la misma que fue subsanada mediante escrito de folios diecisiete a dieciocho*, confiriéndose traslado por el término de Ley, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios; 3) **Emplazamiento:** Habiendo sido notificada la parte demandada Salvador Mancha Carhuapoma y el Ministerio Público, conforme a las constancias de notificación obrantes a folios veintiuno; 4) **Contestación de Demanda:** 4.1.- **De la demandada** Salvador Mancha Carhuapoma: Por escrito de folios treinta y dos a treinta y cinco absuelve la demanda, solicitando sea declarada **INFUNDADA O IMPROCEDENTE**, por los siguientes **Fundamentos de hecho:** a) Con fecha quince de junio de mil novecientos sesenta y ocho contraje matrimonio civil con la ahora demandante Julia Ramos Huamán De Mancha por ante la Municipalidad de esta ciudad; b) Efectivamente señalamos nuestro domicilio matrimonial en la Avenida Augusto B. Leguía, sin número, del Barrio de Santa Ana en donde hemos fijado nuestro domicilio conyugal ya que dicho inmueble es propiedad del recurrente, en donde mi abuelo León Ramos Chira me había dejado como herencia, sin embargo este mal hombre lo había vendido; c) La recurrente había dejado dicho inmueble señalado líneas arriba para dirigirme al domicilio de mis familiares y parientes en la Avenida Manchego Muñoz 758, Santa Ana, desde el año dos mil seis, ya que la recurrente en mi domicilio conyugal se encontraba enferma y sola, ya que el demandante no le atendía ni mucho menos le alcanzaba un vaso de agua cuando se encontraba postrada en la cama ya que se dedicaba a tomar cerveza con sus amigos y vecinos de la cuadra; d) Mi persona tenía que vivir al lado de mis familiares quienes hasta ahora me siguen viendo, incluso dándome siquiera un plato de comida, y de este hecho el demandante Salvador Mancha Carhuapoma tiene pleno conocimiento incluso por culpa de este mal hombre estuve postrada en la cama ya que me utilizaba a cada instante cuando el requería hacer el acto sexual a consecuencia de eso mi persona se encontraba enferma, este mal hombre no era capaz de darme dinero ni mucho menos compraba víveres para el hogar, más bien el solo se iba a almorzar o a comer a la calle; e) Que, el demandante últimamente lo había vendido mi casa situado en la Avenida Augusto B. Leguía, sin número del Barrio de Santa Ana al testigo Marcial León García y Ana María Condori Vergara sin que sepa y sin mi consentimiento, igualmente debo señalar que el ahora demandante lo he demandado por la pensión de alimentos ya que desde el momento que me he ido hacia al lado de mis familiares este hombre no me daba ni un céntimo para alimentarme ni siquiera para comprarme ropas y otras necesidades de una mujer, por esa razón he planteado una demanda de divorcio por causal aduciendo que la recurrente ha abandonado la casa conyugal, dichos completamente falso, ya que la recurrente en ningún momento dejo la casa conyugal; f) Este mal hombre ha planteado la demanda de divorcio porque le he demandado por alimentos, en el Primer Juzgado de Paz Letrado de esta ciudad, con el Expediente 2009-00401-O-1101-JP-FA-01, Secretario Laveriano Ccente, asimismo existe ante el mismo secretario una demanda de asignación anticipada; por este hecho he planteado la demanda de divorcio, sin embargo, mi esposo es una persona con solvencia económica ya que recibe dos rubros o sueldos por concepto de jubilación y cese, y esto es una venganza por haber formulado la demanda de alimentos; por Resolución número Siete de folios cincuenta y siete a cincuenta y nueve, se tiene por contestada la demanda; 5) **Declaración de Rebeldía:** Del Ministerio Público: ésta parte no cumplió con absolver el traslado conferido en el plazo de ley, por lo que fue declarado Rebelde mediante Resolución número Catorce en la Audiencia de Conciliación obrante de folios noventa y seis a noventa y siete; 6) **Saneamiento procesal:** Por Resolución número Siete de folios cincuenta y siete a cincuenta y nueve, se declaró Saneado el presente proceso por existir una relación jurídica procesal válida entre las partes, precluyendo toda petición respecto a la relación procesal; luego se convocó a Audiencia, la misma que se reprograma a folios ochenta y siete sesenta y cuatro; 7) **Audiencia de Conciliación:** Conforme fluye del Acta de folios noventa y seis a noventa y siete, considerando que la pretensión principal materia del proceso es un derecho indisponible, no se pudo propiciar ni aprobar conciliación al respecto; sin embargo, ambas partes, luego de una deliberación deciden la variación de la pretensión a Separación Convencional, en la persona del demandante Salvador Mancha Carhuapoma y la demandada Julia Ramos Huamán De Mancha, suspendiéndose la presente audiencia a efectos de que lleguen a un acuerdo sobre la Disolución del Vínculo Matrimonial, petición que es aceptada por la Representante del Ministerio Público; continuándose con la secuela de la Audiencia de Conciliación obrante de folios ciento cinco a ciento seis, se pasa al siguiente estadio procesal, teniendo en cuenta que ambas partes procesales pese a haber señalado en la audiencia de fecha veinte de octubre del año dos mil diez, de folios noventa y seis a noventa y siete, su intención de variar la pretensión a una de



separación convencional y divorcio ulterior no lo ha efectuado, manifestando el demandante que persiste en su intención de divorciarse por la causal de abandono y sus pretensiones al no haber puesto de acuerdo con la demandada su cónyuge, respecto al convenio presentado por su parte la demandada por intermedio de su abogado; por lo que, no estando de acuerdo las partes se continua con la audiencia; **7.1) Fijación de puntos controvertidos**, Obrante de folios ciento cinco a ciento seis se fijaron los siguientes: *Uno*) Determinar la existencia del vínculo matrimonial entre la demandante Julia Ramos Huamán De Mancha y el demandado Salvador Mancha Carhuapoma; **Pretensión Principal: Abandono Injustificado de la Casa Conyugal: Dos**) Determinar si se ha producido el apartamiento físico de la demandada Julia Ramos Huamán de Mancha del Hogar conyugal; **Tres**) Determinar si ese apartamiento ha superado los dos años continuos o en su defecto sumados exceden a dicho plazo; **Cuatro**) Determinar de haberse producido el abandono a existido la intencionalidad de la demandada Julia Ramos Huamán de Mancha de sustraerse a sus obligaciones conyugales; **Pretensión Subordinada: Divorcio Por Causal De Separación De Hecho por más de dos años: Cinco**) Determinar si la separación de hecho se ha producido por el período interrumpido de dos años; **Seis**) Determinar sobre el demandante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias en el caso que tenga dicha obligación; **Pretensiones Accesorias de extinción de la sociedad de gananciales y perdida por el cónyuge culpable de los gananciales de los bienes propios del inocente; 7.2) Saneamiento Probatorio**: Finalmente se admiten los medios probatorios ofrecidos por el demandante, demandado, el Ministerio Público y las de oficio, obrantes en Resolución número Siete de folios setenta a setenta y uno; **8) Audiencia de Pruebas**: Conforme al Acta de folios ciento treinta y cuatro a ciento treinta y siete, donde se actuaron las pruebas pertinentes entre documentos conforme reza en el aludido acto procesal; teniendo en cuenta que mediante escritos de folios setenta y cinco y ciento dieciocho, el demandante Salvador Mancha Carhuapoma se desiste de los actos procesales, sobre la actuación de los medios probatorios número cinco, ocho y cuatro, respectivamente, habiéndose aprobado el desistimiento del acto procesal mediante Resolución número Once obrante de folios ochenta a ochenta y uno y mediante Resolución número Diecinueve en Audiencia de Actuación de Medios Probatorios obrante de folios ciento treinta y cuatro a ciento treinta y siete; **9) Alegatos**: Los que no se dieron; **10) Expedientes acompañados**: Se encuentra acompañado del: *Expediente número 00401-2009-0-1101-JP-FC-01 sobre Prestación de Alimentos seguido por doña Julia Ramos Huamán De Mancha en contra de Salvador Mancha Carhuapoma* _ en copias certificadas a folios ciento veinticuatro_, tramitada ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huancavelica, habiendo culminado mediante Sentencia por Resolución número Once del diez de marzo del dos mil diez, obrante de folios setenta y cinco a setenta y nueve, en la que se ordeno que el demandado Salvador Mancha Carhuapoma acuda en forma mensual y adelantada con el TREINTA POR CIENTO (30%) de los ingresos y demás beneficios sociales que percibe como pensionista Jubilado del Régimen del D.L. número 19990; y, siendo el estado del presente proceso para prolarse la resolución final ésta debe emitirse; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Es deber de los jueces atender el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre reflejada en la petición interpuesta, siendo ambas de relevancia jurídica, para lo cual se hace extensiva a los derechos sustanciales, conforme a lo establecido por el artículo III del Título Preliminar del mismo texto legal; siendo materia de pronunciamiento jurisdiccional la *pretensión principal de Divorcio por la Causal de Abandono Injustificado de la Casa Conyugal por parte de la demandada, y como pretensión subordinada: Divorcio por la Causal de Separación de Hecho por más de dos años; y como pretensión acumulativa objetiva accesoria, Extinción de la Sociedad de Gananciales*, promovida por Salvador Mancha Carhuapoma contra Julia Ramos Huamán De Mancha, debiendo valorarse en forma conjunta la prueba actuada de conformidad con lo prescrito por los artículos 196° y 197° del acotado a efectos de resolver el conflicto de intereses; **SEGUNDO**: Que, de conformidad con lo prescrito por el artículo 174° del Código Civil, el Matrimonio es la unión voluntaria de varón y mujer formalizada con sujeción a las disposiciones del Código a fin de hacer vida en común, esto es la unión con obligaciones recíprocas y nulidad de vida sancionada por la ley, cuyo objetivo principal es la creación de la familia y la perpetuación de la especie; **TERCERO**: Que, se ha fijado como puntos controvertidos de la demanda: *Uno*) Determinar la existencia del vínculo matrimonial entre el demandante Salvador Mancha Carhuapoma y la demandada Julia Ramos Huamán de Mancha; referida al vínculo de naturaleza civil, apreciándose de la Partida de Matrimonio obrante a folios tres, que las partes en conflicto contrajeron matrimonio civil el quince de junio de mil novecientos sesentiocho en la Municipalidad Provincial de Huancavelica – Provincia y Departamento del mismo nombre, no habiendo procreado hijos; **CUARTO**: Que, sobre los puntos controvertidos *Dos, Tres y Cuatro, de la PRETENSION PRINCIPAL: Divorcio por Abandono Injustificado de la Casa Conyugal: Dos*) Determinar si se ha producido el apartamiento físico de la demandada Julia Ramos Huamán de Mancha del Hogar conyugal; **Tres**) Determinar si ese apartamiento ha superado los dos años continuos o en su defecto sumados exceden a dicho plazo;



Cuatro) Determinar de haberse producido el abandono a existido la intencionalidad de la demandada Julia Ramos Huaman de Mancha de sustraerse a sus obligaciones conyugales; debiendo considerar que el Abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos exceda a este plazo, se da por la concurrencia de tres elementos que exige el Código Civil, esto es: a) El elemento material que consiste en el apartamiento físico de uno de los cónyuges del hogar conyugal; b) elemento temporal, correspondiendo acreditar que el abandono haya superado los dos años continuos o en su defecto sumados los períodos de abandono, estos excedan dicho plazo; y, c) elemento subjetivo relativo a la intencionalidad del culpable de sustraerse a sus obligaciones conyugales; al respecto, en el caso de autos es de apreciar, que conforme se tiene el Certificado de Inscripción de la demandada Julia Ramos Huamán de Mancha, figura como fecha de inscripción el veinticinco de setiembre del dos mil tres y como domicilio la Avenida Manchego Muñoz 758, Santa Ana – Huancavelica; de lo que se colige, que la demandada no se encontraría viviendo desde esa fecha en su domicilio conyugal, documento que no ha sido cuestionado por la parte demandada; hecho que por el contrario es corroborado con su contestación de demanda que obra de folios treinta y dos a treinta y cinco, conforme indica en el tercer y cuarto fundamento de hecho que: “...efectivamente señalamos nuestro domicilio matrimonial en la Avenida A. gusto B. Leguía, S/N, del Barrio de Santa Ana...”; y que: “...la recurrente había dejado dicho inmueble señalado en líneas arriba, para dirigirme al domicilio de mis familiares y parientes a la Avenida Manchego Muñoz 758, Santa Ana desde el año dos mil seis, ya que la recurrente en mi domicilio conyugal se encontraba enferma y sola ya que el demandante no me atendía, mucho menos me alcanzaba ni siquiera un vaso de agua cuando me encontraba postrada en mi cama ya que se dedicaba a tomar cerveza con sus amigos y vecinos de la cuadra”, motivaciones de la demandada Julia Ramos Huamán De Mancha que justificarían su retiro del domicilio conyugal, pero que, no son respaldadas con medio probatorio idóneo alguno; más por el contrario, se contradice con el Anexo número Seis ofrecido en su contestación de demanda y que al tenerse a la vista, el Expediente número 00401-2009-0-1101-JP-FC-01 sobre Prestación de Alimentos (en copia certificada), se aprecia que la demanda fue planteada el once de agosto del dos mil nueve conforme al sello de recepción de Mesa de Partes que aparece a folios seis en copia; en el que se menciona que el demandado en febrero del dos mil siete, sin motivo alguno le botó del hogar conyugal para luego no dejarla ingresar a su domicilio conyugal, y quedarse con todas las cosas adquiridas durante el matrimonio, llegando al extremo actualmente de haberlo vendido si su consentimiento; afirmaciones que no general convicción en la suscrita sobre cuáles fueron las motivaciones que generaron el retiro del hogar conyugal de parte de la demandada, aunque se tiene claro que no vienen haciendo vida en común por más de dos años continuos; sin embargo, no se aprecian mayores medio probatorios que respalden tanto las afirmaciones del demandante como de la demandada respecto a la sustracción intencional de las obligaciones conyugales de parte de la demandada, o un retiro justificado del hogar conyugal, siendo insuficientes las pruebas testimoniales actuadas en la Audiencia de Pruebas, en lo concerniente a la declaración de don Julián Tunque Martínez, quien al responder a la Tercera pregunta indica que el demandante Salvador Mancha Carhuapoma vivía solo en la Avenida B. Leguía s/n del Barrio de Santa Ana, Huancavelica, desde hace varios años; don Donato Mancha Carhuapoma, al responder a la Primera pregunta, al abandono que hiciera la demandada doña Julia Ramos De Mancha a su esposo Salvador Mancha Carhuapoma desde hace mas de seis años, dijo: “...no viven juntos y cuando tenía problemas de salud siempre lo encontraba solo”; al responder a la Cuarta pregunta, señaló que la señora Julia Ramos De Mancha vive separada de su esposo en otra vivienda, ubicada en al Avenida Manchego Muñoz, N° 758, Barrio de Santa Ana – Huancavelica; y, por último don Juan Taype Castro al responder a la Tercera pregunta, sobre si el señor Salvador Mancha Carhuapoma vive solo en la Avenida Augusto B. Leguía, s/n, Barrio de Santa Ana – Huancavelica hace varios años, refirió: “...las veces que lo ha visitado lo ha encontrado solo e incluso en algún momento lo ha encontrado enfermo y al preguntarle porque no le atendía la esposa el ha indicado que vive solo”; al responder a la Cuarta pregunta, sobre si la señora Julia Ramos Huamán De Mancha vive con su esposo Salvador Mancha Carhuapoma en la Avenida Augusto B. Leguía, s/n Barrio de Santa Ana – Huancavelica, dijo: “Me consta que las veces ha ido a visitar nunca lo ha encontrado con su esposa”; pruebas éstas que no crean la suficiente convicción en la Magistrada respecto a las motivaciones que generaron el abandono como medio idóneo para dar validez al rompimiento del vínculo matrimonial por la causal invocada por lo que no la valora en su conjunto; y, que si bien demuestra que los cónyuges han estado viviendo separados no se determinan en cuanto a la intención de la cónyuge demandada de sustraerse de sus obligaciones conyugales, debiendo tenerse en cuenta que el alejamiento de la demandada del hogar conyugal generó el hecho de sostener ambos un proceso alimentario __seguido por la ahora demandada Julia Ramos Huamán de Mancha con Salvador Mancha Carhuapoma ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de



Huancavelica, Expediente 2009-401-0-1101-JP-FA-01 (en ejecución de Sentencia del diez de marzo del dos mil diez, por el que se ordenó que el demandado acuda con una pensión del 30% de los ingresos y beneficios sociales que percibe como pensionista jubilado del régimen del D.L. No. 19990 que se tiene como acompañado_ de por si denota que el demandante no venía cumpliendo con sus obligaciones alimentarias, por lo que, no se puede establecer las causas que generaron el abandono al no respaldarse en medio probatorio alguno por lo que en este extremo de la pretensión debe ser desestimada por por improbad; ahora, bien, conforme a lo previsto por el artículo 87° del Código Procesal Civil, ha de emitirse pronunciamiento de fondo respecto a la pretensión subordinada de Divorcio por causal de separación de hecho; **QUINTO:** Que, sobre los puntos controvertidos Cinco y Seis de la PRETENSIÓN SUBORDINADA sobre: Divorcio por Causal de Separación de Hecho por mas de dos años: Cinco) Determinar si la separación de hecho se ha producido por el período interrumpido de dos años; Seis) Determinar sobre el demandante se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias en el caso que tenga dicha obligación; al respecto se tiene que la causal de Separación de Hecho, está inspirada preeminentemente en el concepto de divorcio remedio, correspondiendo al cónyuge que alega la causal de divorcio imputable a su consorte acreditar los hechos que la sustentan. El fundamento de la causal de hecho no solo debe ser objetivo, sino que además y cuando se alegado, debe analizarse si mediaron causas no imputables (cumplimiento de un deber de función, traslado laboral, enfermedad u otros afines) a los cónyuges, que motivaron la interrupción de la cohabitación, en cuyo caso no se configura la causal. Si, por el contrario mediaron causas imputables a uno de los cónyuges (abandono injustificado, impedir el ingreso al hogar conyugal, violencia doméstica, etc.) ellas servirán para identificar al consorte perjudicado y establecer las medidas de protección de su estabilidad económica; y, en su caso la de sus hijos. El artículo 345°-A del Código Civil, que modifica el inciso 12) del artículo 333° del precitado, refiere que para invocar el supuesto de éste artículo, el demandante debe 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, lo que no se ha acreditado en autos. El Juez velará por la estabilidad del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como de sus hijos siempre que éstos sean menores de edad, lo que no ocurre en el presente caso respecto a las hijas al ser todas mayores de edad, debiendo señalar un monto de indemnización incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, resultando innecesario pronunciarse sobre los alimentos que se deben entre cónyuges ya que existe un proceso sobre esta materia (Expediente 2009-401-0-1101-JP-FA-02, no habiéndose objetado la afirmación del demandante en el sentido de encontrarse al día en la prestación de alimentos de parte de la demandada, máxime, si ella afirma que inclusive existe un cuaderno de asignación anticipada, de lo que se colige que el ahora demandante no tiene deuda alimentaria respecto a la demandada) que se encuentra en etapa de ejecución, dejándose a salvo el derecho del accionante para adoptar las medidas legales que considere, igualmente en autos no se halla acreditado daño moral ni personal por lo que no procede fijar monto indemnizatorio ni la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal; precisando, que resulta trascendental también la **determinación respecto a que si el demandante ha cumplido con el pago de otras obligaciones pactadas con su cónyuge de mutuo acuerdo, en caso existiera esa otra obligación**, tampoco se ha acreditado que el demandante tenga otras obligaciones pactadas con la demandada y que no los haya honrado. Siendo así, la separación de hecho en la que se encuentren los cónyuges, sin que previa decisión judicial definitiva, quiebren el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de alguno de los cónyuges. Son tres los elementos ineludibles en toda separación de hecho: 1) El **elemento material** que consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad de la convivencia, lo que sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal, acreditada; 2) **Elemento subjetivo o psíquico**, que es la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla, ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor, que no ha sido objeto de sustento; y, 3) El **elemento temporal**, el transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; siendo importante la fecha de separación porque conforme establece el artículo 319° del acotado modificado por Ley 27495, se considera fenecida la sociedad de gananciales, desde el momento en que se produce la separación de hecho, habiendo quedado establecido en autos que es desde el veintiuno de enero de mil novecientos ochentiseis, conforme al documento de folios siete; además de apreciarse del Acta de denuncia verbal por abandono de hogar se ha destinado a poner de conocimiento de la autoridad política el hecho de la separación; apreciándose, además que en virtud al proceso judicial por *Prestación de*



Alimentos se tiene que desde el año dos mil siete, los cónyuges se encontraban separados, e incluso conforme se tiene de la demanda que obra a folios seis a nueve de dicho actuado, se aprecia que la demandada sostiene que quién le abandonó a ella fue su consorte el demandante Salvador Mancha Carhuapoma, de lo que se colige que los cónyuges fuera de las motivaciones que hayan tenido, no venían conviviendo en forma permanente desde el año dos mil siete; **OCTAVO:** En lo concerniente a la Pretensiones Accesorias de extinción de la sociedad de gananciales y pérdida por el cónyuge culpable de los gananciales de los bienes propios del inocente; siendo pretensiones accesorias se ha ponderado precedentemente. Por tales consideraciones, estando a los dispositivos legales invocados, de conformidad con lo establecido por el **artículo 200° del Código Procesal Civil y Administrando Justicia a Nombre de la Nación**; **FALLO:** Declarando **FUNDADA** la demanda acumulativa obrante de folios cinco a doce y subsanación a folios diecisiete a dieciocho, interpuesta por **Julia Ramos Huamán De Mancha** contra **Salvador Mancha Carhuapoma** sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho por más de dos años; en consecuencia: 2.1) **DISUELTO** el vínculo matrimonial, celebrado entre la demandante **Julia Ramos Huamán De Mancha** y el demandado **Salvador Mancha Carhuapoma** ante la Municipalidad Provincial de Huancavelica – Provincia y Departamento del mismo nombre, el año mil novecientos sesentiocho, Acta número treinta y uno conforme a la partida de Matrimonio de folios tres; 2.2) Se declara fenecida la **sociedad de gananciales** de la demandante **Julia Ramos Huamán De Mancha** y el demandado **Salvador Mancha Carhuapoma** desde el mes de febrero del año dos mil siete, careciendo de objeto pronunciarse respecto a bienes muebles o inmuebles objeto de repartición por no existir; 2.3) Con respecto a la indemnización solicitada por la demandante **Julia Ramos Huamán De Mancha** en la suma ascendente a S/. 10,00.00 (nuevos soles) requiérase al demandado **Salvador Mancha Carhuapoma** **haga efectivo el pago correspondiente en un plazo de 15 días hábiles**; 2.4) Dispongo la pérdida de derechos hereditarios entre la demandante **Julia Ramos Huamán De Mancha** y el demandado **Salvador Mancha Carhuapoma**; 2.5) Consentida sea la presente resolución se remita los partes y recaudos pertinentes a la Municipalidad Provincial de Huancavelica – Provincia y Departamento del mismo nombre, para su anotación respectiva en el libro de Registros de Estado Civil y a los Registros Público de Huancavelica para su anotación en el registro personal; **MANDO** que en caso la presente sentencia no sea impugnada, se eleve en consulta el presente expediente. Sin costas ni costos. Así lo pronuncio, mando y firmo en la Sala del Despacho del Juzgado especializado de Familia de Huancavelica.- **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**—