

HOMENAJE A LOS 25 AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, INCORPORACIÓN DE NUEVAS CAUSALES EN EL ARTÍCULO 333 DEL CÓDIGO.

SANTIAGO M. LLANCARI ILLANES

Abogado, Investigador, Miembro colaborador de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M. con estudios de maestría y doctorado.

SUMARIO: 1. RESUMEN. 2. EL CÓDIGO CIVIL, 3. EL LIBRO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL, 4. NOCIÓN CONCEPTUAL DE DIVORCIO. 5. LA SEPARACIÓN PERSONAL Y EL DIVORCIO VINCULAR COMO SANCIÓN Y COMO REMEDIO, 6. LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN, 7. LA SEPARACIÓN DE HECHO. 8. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL, 9. CONCLUSIÓN, 10. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN.- Hace 25 años, entró en vigencia el Código Civil y con el transcurrir del tiempo ha evolucionado con reformas, modificaciones a sus diferentes artículos, adaptándose a nuestra realidad actual, tal es el caso en el presente ensayo exponemos brevemente la incorporación de nuevas causales del divorcio en el artículo 333° de nuestro código.

ABSTRACT.- 25 years ago, came into force the Civil Code and with the passage of time has evolved with alterations, modifications to their individual articles, adapted to our present reality, this is the case in this essay briefly explained the addition of new grounds for divorce in article 333° of our code.

PALABRAS CLAVE.- Código Civil, Divorcio, Familia, Vida en Común.

KEYWORDS.- Civil Code, Divorce, Family, Life Together.

1.- EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

Desde el año 1984 al año 2009, han pasado 25 años desde la entrada en vigor del Código Civil peruano, este acontecer histórico nos lleva a hacer algunas reflexiones sobre las

innovaciones en el libro de familia del código civil vigente, referente al divorcio incorporándose dos nuevas causales en el artículo 333°, además modificando el proceso de separación convencional y divorcio ulterior de la vía judicial, a la vía administrativa a tramitarse por ante las notarias y municipalidades respectivamente, instituciones que forman parte de nuestro que hacer jurídico diario.

El código civil construye la base sustancial para todas las normas legales y está al alcance de todo abogado magistrado, investigador y litigante, formando y sirviendo académicamente a los estudiantes y docentes de derecho quienes con ayuda de la doctrina jurídica y las diferentes teorías podrán interpretar las normas reguladas en el código civil.

El aniversario de los veinticinco años de vigencia de nuestro código civil, nos hace recordar que el derecho civil tiene un amplio ámbito de estudio patrimonial como extra patrimonial, que cualquier otra rama del derecho, ya que abarca todas las relaciones humanas quienes viven en sociedad.



2.- EL LIBRO DE FAMILIA DEL CÓDIGO CIVIL.

Así como nuestro código civil en su conjunto se ha ido modificando, incorporando nuevas instituciones, también es cierto que el libro de familia se ha ido modificando en sus diferentes artículos, teniendo como figuras novedosas la incorporación de nuevas causales del divorcio, tales como la causal de imposibilidad de hacer vida en común y la causal de separación de hecho (causales del divorcio vincular como remedio); así como la modificación del proceso de separación convencional y divorcio ulterior en la vía administrativa, tomando como referencia el derecho comparado, para efectos de agilizar el trámite del divorcio por mutuo disenso, entre otras figuras incorporadas en el libro de familia.

3.- NOCIÓN CONCEPTUAL DEL DIVORCIO.

Divorcio, viene del latín "*divortium*", del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables¹.

Para Belluscio², es el "divorcio absoluto, divorcio vincular, divorcio *advinculum* o simplemente divorcio, (...) es la disolución del matrimonio válido en vida de los esposos y habilita a los divorciados para contraer nuevas nupcias"

Desde mi punto de vista el divorcio, es la disolución del vínculo matrimonial, por culpa de uno de los cónyuges, por decisión unilateral "por separación de hecho", o por decisión bilateral "separación convencional y divorcio ulterior", pronunciada por el Juez especializado

en Derecho Familiar o por la autoridad competente administrativa en vía notarial o municipal.

4.- LA SEPARACIÓN PERSONAL Y EL DIVORCIO VINCULAR COMO SANCION Y COMO REMEDIO.

Al respecto Alex Placido³ expone; como sanción. Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo puede ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por ley, como adulterio, abandono, injurias graves, etc. En estos casos el divorcio implica sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc.

Como remedio. Se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables: la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos.

5.- LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN, DEBIDAMENTE PROBADA EN PROCESO JUDICIAL.

"Esta causal actualmente se encuentra regulada en el inciso 11 del artículo 333 del libro de familia del código civil".

5.1.- La vida en común dentro del matrimonio.

Vista desde mi punto, debo decir que, hacer

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina. 4ª edición 1980. P. 103.

² Gallegos Canales, Yolanda y Jara Ruiz, Rebeca. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. 2008. p. 221.

³ Placido V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. 2001. p. 190.



vida en común es, encontrarse en armonía, paz tener satisfacción sexual plena y comprensión total de ambos cónyuges, respeto mutuo, fidelidad, perdurando de esta forma el amor por siempre.

Ana María Calera⁴. Define esta figura y expone: la vida en común no es fácil, precisa de un buen comienzo, de mucha dosis de buena voluntad y de ganas, por ambas partes, de ceder y querer al otro (aun perdiendo para ello un poco de su propia personalidad y de sus legítimos derechos). “Dos no riñen si uno no quiere”, reza el refrán popular y nunca mejor aplicado que en esta ocasión.

Cuando uno de vosotros esté dispuesto a hacer la felicidad del otro, ésta se podrá conseguir realmente, y en esto, perdonadnos vosotras, las señoras, si afirmamos categóricamente, que suele ser la mujer la que tiene más cerca de ella ese arte o la gracia, como queráis llamarle, de hacer la vida de su marido (de los dos en realidad) el paraíso tal soñado. Es la mujer casi siempre la que guarda en sus manos (por lo delicadas y finas que éstas son), todo el tesoro y el caudal incalculable de una gracia y un arte del cual el hombre, más torpe por naturaleza, no sabe nada.

5.2.- Comentarios.

Debo manifestar que esta causal ha generado muchos problemas al plantear la demanda, ya que los abogados la interpretan como la incompatibilidad de caracteres, y no es así, ya en esta causal pueden contarse diversas conductas que perjudican la relación matrimonial cometidas por uno de los cónyuges o de ambos y que deben ser continuas, durante un tiempo mas o menos prolongado; estos hechos deben ser notoriamente acreditados, existen hechos que si bien es

cierto implican una imposibilidad de hacer vida en común como por ejemplo la falta de aseo, pero cuando son tan personalísimos es muy difícil probarlos realmente esta causal hay que tomarla con pinzas y solo si no se puede optar por otras de las causales.

¿La causal de imposibilidad de hacer vida en común origina un divorcio como sanción o como remedio?

Desde mi punto de vista; es como sanción. Por lo que si uno de los cónyuges origina esta causal haciendo insoportable la vida en común en perjuicio del otro sería sanción ya que el único quien puede invocar esta causal es el agraviado.

El problema se origina cuando ambos cónyuges hacen insoportable la vida en común, situación que lo invocaran uno al demandar y el otro al reconvenir.

Por su parte la magistrada y estudiosa del divorcio a través de la jurisprudencia, Carmen Julia Cabello⁵, comenta sobre esta causal.

Manifiesta que por tratarse de una causal inculpatoria, deben exponerse los hechos que, imputados al otro consorte, provocan la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común.

a) Abusos de uno de los cónyuges contra el otro: como no permitirle la entrada al hogar; internarlo innecesariamente en un sanatorio para enfermos mentales; introducir clandestinamente en el hogar a personas ajenas a la familia.

b) Acciones judiciales: como la promoción de ciertas acciones judiciales infundadas como la de nulidad del matrimonio por existencia de

⁴ Calera, Ana María. Matrimonio y Hogar. Enciclopedia Everest para el hogar. Editorial Everest – León – España. P. 29.

⁵ Cabello Matamala, Carmen Julia. Código Civil comentado por los mejores por los 100 mejores especialistas. T.II. Derecho de Familia. Primera parte. Gaceta Jurídica. pp. 477-480



otro anterior del esposo que no se acredita o por impotencia del marido no probada; la tramitación en el extranjero de una acción de divorcio vincular a espaldas del cónyuge; la promoción infundada y maliciosa de juicio de interdicción civil por insania.

c) Actitudes impropias de la condición de casado: como las salidas o viajes sin dar a conocer el paradero ni prevenir al otro cónyuge; la llegada habitual al hogar a altas horas de la noche, sus ausencias periódicas sin ánimo de abandonar el hogar común; la ocultación del estado de casados.

d) Cuestiones patrimoniales: como la promoción de una serie de demandas de divorcio desistidas con el fin de mantener una situación de pleito permanente para conseguir objetivos económicos; el apoderamiento de los muebles del hogar, trasladados a otro lugar so pretexto de mudanza; la venta simulada de un bien social para sustraerlo de la sociedad de gananciales; los repetidos requerimientos de dinero en préstamo a espaldas del otro cónyuge, unidos a la entrega de títulos valores falsificando la firma de éste.

e) Cuestiones sexuales: como la pretensión de que el cónyuge acceda a prácticas sexuales antinaturales o aberrantes; la negativa a consumir el matrimonio; el inmotivado incumplimiento del débito conyugal; la imposición de prácticas anticoncepcionales por uno de los cónyuges contra la voluntad del otro; el propósito reiterado de abortar; el ocultamiento de la esterilización practicada después del matrimonio.

f) Deficiencias de carácter: como el carácter fuerte y nervioso de uno de los cónyuges que produce incidentes a diario a pesar del buen trato del otro, que trataba de calmarlo; la intemperancia de un consorte en el trato conyugal; el carácter taciturno y poco comunicativo de un cónyuge que permanece muchos meses en silencio y sin dirigir la palabra al otro; el trato desconsiderado y manifiestamente grosero y la asunción de una

actitud de superioridad frente al otro; el obligar a callarse, darle órdenes perentorias y hacerle recriminaciones ante terceros; la total indiferencia de uno de los cónyuges hacia el otro; las reiteradas amenazas de muerte.

g) Falta de aseo: como el grado extraordinario de falta de aseo y de observancia de las más elementales reglas de higiene; el descuido y desaliño extremos a pesar de la posición desahogada de la familia.

h) Incumplimiento de deberes derivados del matrimonio: como la falta de contribución al sostenimiento económico del hogar por parte de un cónyuge a pesar de tener medios para hacerlo, o cuando no los obtiene por su holgazanería, falta de apego al trabajo o desprecio de las oportunidades que se le presentan de obtener ocupación; la desatención de las tareas del hogar por un cónyuge o la realización de gastos personales por encima de las posibilidades económicas de la familia; la abstinencia de visitar al cónyuge internado por enfermedad o bien cuando media un total distanciamiento, imputable a un cónyuge, que priva al otro del cumplimiento de su deber espiritual de comunicación de sentimientos y afectos; las relaciones equívocas o sospechosas con una persona del otro sexo; la afición al juego, cuando va acompañada de desatención de los deberes conyugales o pone en peligro la estabilidad económica del hogar.

i) Relaciones con parientes: como la actitud de un cónyuge que lleva al otro a vivir a la casa de su familia, donde se le hace la vida insoportable o no se le da el lugar que le corresponde como consorte; la conducta desconsiderada o irrespetuosa de un cónyuge hacia los parientes del otro; la negativa injustificada de permitir la visita de los padres o parientes próximos del otro; la exclusión del hogar del hijo de uno de los cónyuges, por la acción del otro.

Todas las circunstancias descritas precedentemente -que de ordinario pueden producirse viviendo o no los cónyuges bajo el mismo techo- deben ser acreditadas por



cualquier medio probatorio admitido en nuestra legislación procesal civil; debiendo el juzgador valorar en conjunto la prueba actuada a fin de llegar al convencimiento que el hecho comprobado efectivamente hace imposible continuar o reanudar la vida común, según el caso. Por ello, la frase "debidamente probada en proceso judicial" resulta ser una redundancia innecesaria.

6.- LA SEPARACIÓN DE HECHO.

"Esta causal actualmente se encuentra regulada en el inciso 12 del artículo 333 del libro de familia del código civil".

6.1.- Comentario.

También comenta esta causal Carmen Julia Cabello⁶, de la siguiente manera.

El inc. 12 del artículo 333 del Código Civil, contempla la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años si no tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen.

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

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 el supuesto ¿supuestos? de improcedencia, permite la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose por tanto a contrario, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación.
- Elemento temporal: Se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

Si bien, al igual que en la causal de abandono injustificado de la casa conyugal se configuran tres elementos constitutivos de la misma, éstos difieren sustancialmente:

Con relación al primero, somos de opinión que respecto al cónyuge que puede invocarla, puede indistintamente cualquiera de los cónyuges demandarla, ya sea a pedido de quien se encuentra en la casa común porque ha sido víctima del retiro del consorte, o que ha permanecido en ésta por acuerdo con su cónyuge, como también se admite su invocación por el responsable de la separación, esto es por quien se fue, radicando en este aspecto tal vez su mayor nota distintiva de causal objetiva de divorcio remedio.

Creemos que otro aspecto que se distingue en el elemento material de la causal objetiva, se ubica en la no necesidad de acreditar el domicilio conyugal y que si es imprescindible para efectos de la causal inculpataria de abandono, razón por la cual, el eventual aunque

⁶ Cabello Matamala, Carmen Julia. Ob. Cit. pp. 480-482.



existente caso de los cónyuges que por diversos motivos no habían constituido casa conyugal, porque siempre habían vivido separados por razones económicas, estudios, viaje, etc. En la causal subjetiva son declaradas improcedentes. Hoy, la sola separación de hecho de los cónyuges con prescindencia de la probanza de la casa conyugal permite la configuración de este elemento para la configuración de la causal. Aspecto distinto será el vinculado a los efectos patrimoniales que requieran la verificación del cónyuge perjudicado, para lo cual resulta fundamental entre otros, identificar la casa conyugal, a efecto de reconocer al cónyuge abandonado, y en consecuencia quien puede válidamente invocar el perjuicio.

En cuanto al elemento subjetivo, las divergentes posiciones judiciales en cuanto a la probanza o la inversión de la carga de la prueba de la intención deliberada de sustraerse de las obligaciones conyugales en el abandono injustificado de la casa conyugal, que conduce al cónyuge emplazado a acreditar las razones que justifican su apartamiento, y el no hacerlo, permite presumir la intención de transgredir las obligaciones conyugales, deberían quedar postergadas en la nueva causal, ante la comprensión legal de que la tolerancia por parte de ambos cónyuges de la situación de hecho pone de manifiesto su falta de voluntad para hacer vida en común, y por lo tanto para efectos de la disolución del vínculo, hay una suerte de consentimiento tácito o expreso para admitir una nueva situación conyugal.

No obstante, lo expresado como característica propia de una causal objetiva como lo sería la separación de hecho, como ya se mencionara la ley en su tercera disposición complementaria y transitoria, señala que para los efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333 del Código Civil no se considerará separación de hecho y por tanto es causal de improcedencia de la causal, que la separación se haya producido por causas laborales, exigiéndose en dicho supuesto el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges.

Hay varios aspectos que ameritan comentarse en esta norma complementaria. El primero es el relativo a la posibilidad de que en un proceso por esta causal se debatan las razones que motivaron el apartamiento, lo que distorsiona su tan anunciado carácter objetivo, que puede hacerlo el emplazado en los dos supuestos que se encuentre, ya sea porque es el cónyuge que se fue y como si se tratara del demandado de la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, Ventilaría las razones del mismo, por lo que desde esa perspectiva, el cónyuge que permaneció en la casa común estaría en una situación semejante en ambas causales, y de otro lado, si quien invocando hecho propio encuentra un cónyuge emplazado que se niega a divorciarse precisamente al argumentar que él cónyuge demandante se retiró de la casa común por razones laborales y que ha venido cumpliendo satisfactoriamente sus obligaciones alimentarias, acogiéndose en este extremo al supuesto de improcedencia consignado en la ley, defensa que resultaría implicante con la admisión de la invocación del hecho propio.

Otro aspecto que llama la atención, si es que se ha pretendido desobjetivizar la causal es que no se ha contemplado en los supuestos de improcedencia, las razones de salud, honor o peligro de la vida, igualmente comprensibles para la no configuración de la causal, es de esperarse que ello en aplicación del artículo 289 del Código Civil sea resuelto al interpretarse en la práctica judicial.

Con relación al elemento temporal, difiere de la causal culposa no sólo en los plazos en razón de la existencia de hijos menores de edad, sino también en la exigencia de continuidad en la separación, por cuanto en lo ininterrumpido del plazo se evidencia la ruptura de hecho con carácter permanente de la relación conyugal.

¿Requisito de admisibilidad de la demanda?- Para invocar la causal, la ley establece que es necesaria la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si



es comprendida tal exigencia como requisito de admisibilidad, las pruebas del cumplimiento de dicha obligación deberán recaudarse a la demanda, tales como consignaciones, retenciones, documentos privados como recibos, gastos diversos a favor de los acreedores alimentarios, etc. La expresión acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras, supone que se verifique el cumplimiento de ésta durante todo el periodo de separación invocado para efectos de la demanda o la probanza del periodo correspondiente al plazo legal mínimo aplicable o el periodo próximo a la demanda.

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.

Indemnización o adjudicación de bien social al cónyuge perjudicado por el divorcio.-

Aspecto de particular 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 105 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, de acuerdo a un criterio no le requerirán que pruebe lo injustificado del abandono, comprendiéndose la inversión de la carga de la prueba de este elemento, mientras que según el otro criterio, se le exigirá que acredite este extremo de lo afirmado. Optando de este modo por facilitar su causal.

Al respecto, si bien 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 pudiere corresponder, interpretar que su señalamiento debe ser de oficio, resulta contrario a 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. Por ello consideramos que, tanto la indemnización o adjudicación deben ser derechos alegados por

su titular en el proceso judicial, en la demanda o en su caso en la reconvención.

Respecto a la adjudicación preferente de bienes sociales, se plantean varias inquietudes a formular, de acuerdo al literal de la norma se propone una suerte de elección entre la indemnización o adjudicación preferente de bienes sociales, por lo tanto el cónyuge perjudicado deberá decidir cuál de los derechos hará efectivo. Otro aspecto que resulta de interés es determinar si la adjudicación preferente es onerosa o gratuita, aunque no se ha señalado expresamente, el hecho de que se propongan como derechos excluyentes, conduce razonablemente a considerar que dicha adjudicación debe ser en principio gratuita, guardando la proporcionalidad al daño producido y seguridad que se desea legalmente brindar al perjudicado.

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

Patria potestad.- En el caso de la separación de hecho, el dispositivo modificatorio aunque deficientemente debemos entender, da un tratamiento de carácter remedio a lo concerniente al ejercicio de la patria potestad. Se dispone modificar el artículo 345 del Código Civil y señala que resultan aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340 último párrafo y 341, las mismas

que refieren que el padre o madre a quien se haya confiado los hijos, ejerce la patria potestad respecto de ellos, quedando el otro, suspendido en el ejercicio. Olvidó el legislador que a la fecha de la dación de la norma de divorcio se encontraba vigente la modificación del Código de los Niños y Adolescentes, que ya distinguía en los artículos 75 y 76 los supuestos de divorcio y separación de cuerpos por causal específica de la separación convencional, sancionando en el primer caso a uno de los padres con la suspensión de la patria potestad, mientras que en el otro, establece que ambos padres ejercen la patria potestad, siendo encargada sólo la tenencia a uno de ellos. Teniendo en cuenta la ratio legis del dispositivo modificatorio que pretende equiparar para efectos de las relaciones paterno filiales como causales de divorcio remedio a la separación convencional y la separación de hecho, resulta de aplicación del acotado artículo 76 vigente y que ha modificado lo contenido por el artículo 34 del Código Civil. Por tanto, en la causal de separación de hecho al igual que en la separación convencional y divorcio ulterior, ambos padres conservan la patria potestad, encargándosele la tenencia, como uno de sus atributos a uno de los padres, conservando el otro los demás derechos y atribuciones de cuidado, asistencia, orientación, vigilancia personal y patrimonial inherentes al ejercicio de la patria potestad.

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

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

Tal vez lo más saludable si se quería clarificar los alcances y reglas del régimen patrimonial, hubiera sido incorporar como causal de

fenecimiento de la sociedad de gananciales en el artículo 318 la separación de hecho de los cónyuges señalando un plazo legal razonable.

Conversión a divorcio.- La legislación contempla la separación de hecho entre los cónyuges como una causal por la cual puede demandarse la disolución del vínculo matrimonial o su decaimiento. En ese aspecto difiere de la separación convencional por la que no puede solicitarse directamente el divorcio.

En los casos en los que se pretenda en primer término, la separación de cuerpos por separación de hecho, transcurridos seis meses de su declaración, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la conversión a divorcio.

Es conveniente recordar que sólo se eleva en consulta al superior jerárquico la sentencia que declara la separación de cuerpos por separación de hecho, mas no la que dispone la separación de cuerpos.

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

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

6.2.- La causal de separación de hecho vista en pleno jurisdiccional⁷.

⁷ Conclusiones del pleno jurisdiccional Regional de Familia Lima 2007. Lima el 07 y 08 de septiembre del 2007.



TEMA Nº 1. SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

1.- PREGUNTA DEBATIDA – EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA COMO REQUISITO DE LA CAUSAL.

¿Se trata de un requisito de admisibilidad o procedencia de la demanda?

CONCLUSIÓN DEL PLENO.

EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA CONSTITUYE UN REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

2.- PREGUNTA DEBATIDA.- LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL.

¿Qué daños son los contemplados por la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil?

CONCLUSIÓN DEL PLENO

EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL, AL CONSIGNAR EN TÉRMINOS GENERALES LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS, INCORPORA TANTO EL DAÑO A LA PERSONA, EN SU DIVERSAS MODALIDADES, TALES COMO EL DAÑO MORAL, DAÑO AL PROYECTO DE VIDA, DAÑO PSICOLÓGICO Y DAÑO A LA INTEGRIDAD FÍSICA ASÍ COMO TAMBIÉN LOS DAÑOS DE CARÁCTER PATRIMONIAL.

3.- PREGUNTA DEBATIDA.

¿La indemnización regulada por el artículo 351 del Código Civil es excluyente o puede ser concurrente a la establecida por el artículo 345-A del Código Civil?

CONCLUSIÓN DEL PLENO

LA INDEMNIZACIÓN REGULADA POR EL ARTÍCULO 351 DEL CÓDIGO CIVIL ES EXCLUYENTE CON RELACIÓN A LA ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL, AL ENCONTRARSE

INSCRITAS EN DOS SISTEMAS DE DIVORCIO DIFERENTES COMO SON EL DIVORCIO SANCION EN EL PRIMER CASO Y DIVORCIO REMEDIO EN EL SEGUNDO CASO, RECONOCIENDO QUE SE TRATA DE UAN POSTURA HIBRIDA DEL LEGISLADOR DE LA LEY 27495.

4.- PREGUNTA DEBATIDA.

¿La indemnización prevista por el artículo 345-A debe ser dispuesta de oficio o a pedido de parte, vía reconvencción?

CONCLUSIÓN DEL PLENO

QUE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 345-A SEA OTORGADA SOLO A PETICIÓN DE PARTE, ESTO ES, SI ES QUE SE POSTULA EN LA DEMANDA, EN LA CONTESTACIÓN O EN LA RECONVENCIÓN Y ESTA ACREDITADO EL DAÑO.

7.- LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL DESPUÉS DE TRANSCURRIDOS DOS AÑOS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

“Esta causal actualmente se encuentra regulada en el inciso 13 del artículo 333 del libro de familia del código civil”.

7.1.- Comentario.

Como todos tenemos conocimiento esta causal de divorcio, denominada anteriormente por mutuo disenso, hoy en día separación convencional, es aquella que se lleva a cabo por voluntad de ambos cónyuges, cuyo procedimiento en la actualidad también se tramita en vía administrativa por ante notaria o municipalidad del lugar de domicilio conyugal, ya no solo en vía judicial.

Antes de solicitar la separación convencional en la entidad administrativa si hubieran hijos de por medio, primero deben resolverse el derecho de los niños vía conciliación familiar.



7.2.- LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO⁸.

El 16 de mayo de 2008 fue publicada la Ley N° 29227 que regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior, siendo que a partir de la vigencia de la citada Ley, van a poder tramitarse estos procedimientos en las municipalidades y notarias. Asimismo el 13 de junio del mismo año se publicó su Reglamento (Decreto Supremo N° 009-2008-JUS).

Tanto la Ley N° 29227 y su Reglamento sólo permiten que la Separación Convencional sea solicitada por los cónyuges después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio, además deben de cumplir con una serie de requisitos que se encuentran establecidos en el artículo 4° de la precitada Ley y en el artículo 5° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008-JUS.

Lo que se busca con la Ley N° 29227 y su Reglamento es que disminuya la carga procesal en el Poder Judicial por estos tipos de conflictos, pues como se sabe no generan mayor controversia por el simple hecho de que los cónyuges están de acuerdo. Cuando la Ley fue presentada como proyecto ante el Congreso, se sostuvo que para contraer matrimonio civil, es necesaria la declaración de voluntad en forma oral o escrita ante el Alcalde Provincial o Distrital del domicilio de cualquiera de los solicitantes. En tal sentido, la misma autoridad que celebró el matrimonio debe encontrarse legitimamente facultada para disolverlo.

8.- CONCLUSIÓN.

- 1.- Nuestro código civil ha ido avanzando a la par con el derecho moderno aplicada a nuestra realidad social.
- 2.- Las nuevas causales de divorcio incorporadas en el código civil, traen como consecuencia mayor número de divorcios en el Perú, trayendo como consecuencia la crisis matrimonial.

9.- BIBLIOGRAFIA.

1. Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina. 4° edición 1980.
2. Cabello Matamala, Carmen Julia. Código Civil comentado por los mejores por los 100 mejores especialistas. T.II. Derecho de Familia. Primera parte. Gaceta Jurídica.
3. Calera, Ana María. Matrimonio y Hogar. Enciclopedia Everest para el hogar. Editorial Everest - León - España.
4. Gallegos Canales, Yolanda y Jara Ruiz, Rebeca. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. 2008. p. 221.
5. Placido V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. 2001.
6. Ley N° 29227, del 16 de mayo de 2008 y reglamento D.S. N° 009-2008-JUS.
7. Conclusiones del pleno jurisdiccional Regional de Familia Lima 2007. Lima el 07 y 08 de septiembre del 2007.

⁸ Ley N° 29227, del 16 de mayo de 2008 y reglamento D.S. N° 009-2008-JUS.