

## Divorcio ¿remedio en el Perú?

---

Carmen Julia Cabello Matamala

### 1. Divorcio: Definición

Por el divorcio, 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 nuevas nupcias. Procede por las causales expresamente establecidas en la ley, debiendo los hechos que la constituyen ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio, ya que, como lo distingue el maestro Planiol de lo que se trata es de la disolución de un matrimonio válido, en caso contrario, estaríamos incurriendo en otra institución: la invalidez matrimonial.

El divorcio al igual que la separación de cuerpos, debe ser declarado judicialmente; a modo de excepción, algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa, es el caso de los divorcios convencionales declarados en el Japón por los Municipios locales.<sup>1</sup>

### 2. Vías legales para acceder a la separación de cuerpos y divorcio en el Perú

La separación de cuerpos puede ser demandada por cualquiera de las doce causales previstas en el Art. 333° del Código Civil, numerales 1° al 12°. Acreditados los requerimientos de la causal, la sentencia que se

---

1 Ley Koseki (Ley del Registro Familiar).

dicte en dichos casos mantiene vigente el vínculo matrimonial, lo que hace es declarar la separación de los cónyuges, suspendiendo los deberes de mesa, lecho y habitación, no afectando la obligación alimentaria que se deben recíprocamente. Por la separación de cuerpos fenece el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Asimismo, la separación de cuerpos puede ser solicitada convencionalmente (inc.13° del Art. 333° del C.C.). Se requiere para ello el pedido de ambos cónyuges, y que hayan transcurrido por lo menos dos años de celebrado el matrimonio.

En el caso del divorcio se accede a éste directamente, mediante una demanda de divorcio absoluto, para lo cual deberá invocarse cualquiera de las doce causales ya acotadas. Acreditada cualquiera de éstas, la sentencia disuelve de manera inmediata y total el vínculo matrimonial.

Una forma mediata de obtener el divorcio es solicitar una vez transcurrido seis meses de la declaración de la separación de cuerpos la conversión a divorcio, derecho que puede ejercer cualquiera de los cónyuges en el caso de separación convencional y de la causal de separación de hecho, similar derecho corresponderá al inocente en las demás causales.

No obstante lo expresado existe un precedente judicial que amparó que el cónyuge culpable de la separación pueda solicitar la conversión, por cuanto no puede admitirse la omisión abusiva de un derecho.<sup>2</sup>

En materia de conversión debemos proponer una observación inicial, máxime teniendo en cuenta las últimas modificaciones introducidas en el régimen legal del divorcio, por cuanto desde la perspectiva de las causales de carácter remedio, no corresponde la determinación de responsables esto es inocentes y culpables. Al respecto, podríamos cuestionarnos qué ocurre en el legal, aunque eventual supuesto que se demandara sólo la separación de cuerpos por la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal, el cónyuge emplazado por esta causal no está considerado expresamente como solicitante de la conversión en la modificación introducida en el Art. 354° del C.C., por tanto no estaría en aptitud de solicitar posteriormente el divorcio, recibiendo aparentemente un tratamiento similar para estos efectos de cónyuge culpable por causal específica.

---

2 Expediente N° 1025-93. Resolución Suprema de fecha 20 de mayo de 1994.

### 3. Sistemas de separación personal y divorcio vincular

Son dos los sistemas imperantes en la legislación universal: el divorcio sanción y el divorcio remedio.

La diferencia sustancial entre ambos reside en que en el divorcio sanción la causa del conflicto es la causa del divorcio, mientras que el divorcio remedio entiende que el conflicto es en sí mismo la causa del divorcio, sin que interese las causas o responsables del conflicto.

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

### 4. Sistema divorcista peruano

El Código Civil de 1984, mantuvo el sistema de divorcio restringido de la legislación civil precedente, si bien optaba por un sistema mixto al admitir el divorcio remedio a través de la separación convencional como precedente para el divorcio, las causales establecidas eran en su mayoría de carácter culposo, inculpatorio, que tenían como fundamento el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, de ahí, era clara su comprensión sancionadora no sólo para la determinación de la declaración de disolución del vínculo matrimonial, sino también para la regulación de los efectos personales, paterno filiales y patrimoniales del divorcio.

Mediante la Ley N° 27495 del 7 de julio de 2001 se incorporan modificaciones sustanciales al sistema, precisando algunos cambios en las causales ya existentes, pero sobre todo al introducir dos causales de divorcio, las previstas en el numeral 11° y 12° del Art. 333° del C.C., esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Se trata de dos causales que en términos teóricos y legislativos generales son propios del sistema divorcio remedio, en su modalidad de cau-

sal objetiva la primera y de causal genérica de divorcio quiebre la segunda.

Cabe señalar que si bien, el carácter mixto de nuestro sistema, evidentemente se ha flexibilizado facilitando los divorcios, la gran pregunta a plantearse es si la actual legislación, tal y como su mixtura la presenta permite su comprensión tendiente al divorcio remedio pleno, conduciéndonos a puntos cercanos al otro extremo del péndulo divorcista. Preliminarmente pensamos que ello es discutible, máxime si el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales, adicionando las ya mencionadas y ha regulado de manera reparatoria los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo.

Al respecto, el análisis de la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal como causal inculpatoria genérica o como causal quiebre de sistemas divorcistas remedio, será materia de la comprensión que de ella haga la judicatura, a quien le corresponderá fijar los criterios y alcances para su configuración, así como de la propia causal de separación de hecho, cuya objetividad se proclama, pero cuyo requisito de admisibilidad, supuesto de improcedencia y eventual exigencia de probanza por sus efectos también patrimoniales, la dificultarían desde una perspectiva facilista del divorcio.

Reflexiones como las precedentes motivan algunos cuestionamientos respecto a la aplicación de las novísimas modificaciones al régimen legal de divorcio, y si éstas efectivamente van a conducir en nuestra realidad a una apertura indiscriminada de la institución, posesionándose los dos nuevos supuestos del «mercado de causales» desplazando en la práctica a las causales tradicionales, incluyendo a la convención entre los cónyuges, de ocurrir ello éstas podrían en su conjunto ir progresivamente quedando rezagadas a su mera mención legal.

## 5. Modificaciones al régimen legal de divorcio

### 5.1 La injuria grave

Las recientes modificaciones legislativas han precisado en la causal de *injuria grave*, que la ofensa que ella importa debe hacer insoportable la vida en común, no obstante la precisión legal cabe señalar que la jurisprudencia nacional al calificar dicha causal consideraba su gravedad precisamente

como la imposibilidad de hacer vida en común, evidenciada a través de criterios tales como la reiterancia de la ofensa, su publicidad, etc., por lo que dicha modificación no representa en términos de impacto en la práctica judicial una exigencia mayor para su configuración, máxime si de otro lado consideramos que actualmente se cuenta con una causal genérica limítrofe como lo es la imposibilidad de hacer vida en común.

Este factor es considerado en casi todas las legislaciones que prevén la causal, así la jurisprudencia española ameritándolo, ha sostenido:

«Si la jurisprudencia anterior había declarado que no basta, para poder afirmar que existe una conducta injuriosa y vejatoria, alguna leve agresión o pequeña violencia que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro, sin que tenga entidad un simple acto de maltrato de obra no reiterado, y tampoco es suficiente que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal, no cabe desconocer que la vigente normativa, aún sin poner su acento en la intencionalidad del cónyuge infractor sino en el resultado injurioso o vejatorio del comportamiento para la dignidad del consorte, requiere la nota de gravedad o, si se trata de un ilícito leve, la reiteración, modalidades ambos cuyos elementos de definidores no concurren en el caso presente» (S. de 10 de febrero de 1963. R. Jur. 959).<sup>3</sup>

En nuestro país se ha tenido en cuenta para considerar la gravedad de la ofensa, criterios como los siguientes:

Reiterancia en los agravios:

Lafaille expresa que podría conceptuarse grave cuando la injuria es «repetida» y no tiene otro fin que el de causar un daño moral a la persona del injuriado.<sup>4</sup>

Los Tribunales se han detenido a considerar si la injuria como justificante de la demanda de divorcio, tendrá que «examinar si se trata de un caso aislado o de un hábito perverso» entre otras condiciones.<sup>5</sup>

---

3 F. Javier García Gil. *Jurisprudencia Familiar y Sucesoria*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1992, p. 165.

4 Citado por José García Salazar, en *Revista Jurídica del Perú*, Nos. I-II, Enero-Junio de 1958, p. 26.

5 Ejecutoria Suprema del 22 de julio de 1954, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 134, marzo de 1955, pp. 1839-1841.

Publicidad en la expresión:

Otro elemento que se tiene en cuenta para determinar la gravedad de la ofensa, es su «publicidad». La publicidad resulta de esta manera importante, será constitutiva de la causal en ciertos casos, mientras que en otros favorece su probanza, ya que hay determinados hechos o actitudes que siendo privados no por ello dejan de ser altamente injuriosos, el problema será tratar de acreditarlos.

Las calidades personales de los cónyuges:

El Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 29 de abril de 1997, declaró que únicamente en la causal de injuria grave los jueces deberán ameritar la educación, costumbres y conducta de ambos cónyuges en la apreciación del hecho para admitir o no la configuración de la causal.

## 5.2 El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía

En esta causal se ha incorporado inexplicablemente en el literal de la causal a decir del texto modificatorio: el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, **salvo lo dispuesto en el artículo 347°**.

El artículo 347° hace referencia a un supuesto de aplicación propio de un sistema sancionador *numerus clausus* en el que al no incorporarse la enfermedad mental o la contagiosa distinta a la enfermedad venérea como causal de separación de cuerpos o divorcio, el cónyuge que no podía accionar por estas causales no previstas, le correspondía únicamente en virtud a dicho dispositivo solicitar la suspensión del deber de cohabitación quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales.

Al contemplarse actualmente causales genéricas de separación y divorcio alguno de estos supuestos podría incluirse y por lo tanto delimitar su aplicación sólo a aquellos casos en que expresamente el perjudicado con la anomalía de su cónyuge deseando conservar el vínculo matrimonial sólo pretende la suspensión del deber de cohabitación.

En este contexto, es incoherente que se le impida accionar por la causal de toxicomanía al cónyuge que no optó inicialmente por el divorcio o la separación de cuerpos, sino que viéndose afectado por la enfermedad del cónyuge que seguramente ha deteriorado sus facultades

mentales, prefirió suspender temporalmente su deber de cohabitación, para posteriormente tomar la decisión de demandar el decaimiento o disolución de su vínculo matrimonial. Resulta como es evidente, necesaria su pronta corrección legal.

### 5.3 La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio

#### a) Definición:

El inciso 8 del Art. 333° del C.C. que consideraba como causal la enfermedad venérea grave contraída después de celebrar el matrimonio, ha sido modificada, introduciéndose la moderna terminología de **enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio**, concepto que incorpora tanto los supuestos patológicos anteriormente regulados en la versión original de la causal, como también el SIDA o síndrome de inmuno deficiencia adquirida.

#### b) Caracteres:

Al respecto, cabe preguntarse si el SIDA es en todo supuesto causal para declarar el divorcio, o para serlo debe haber sido contraído de modo culposo por efecto de relaciones sexuales extramatrimoniales, las posiciones son divergentes, un sector considera que tratándose de una causal inculpatoria, debe proceder por causa imputable al cónyuge exceptuándose en tal caso, los supuestos de enfermedad como consecuencia de transfusión sanguínea, accidente laboral o relación sexual no consentida, debiendo imperar por tanto el deber de asistencia y auxilio recíproco que se deben los cónyuges. De otro lado, la posición divergente amerita que esta causal no sanciona la causa que da origen a la enfermedad, pues para ello, se preceptúan otras causales, tales como adulterio, conducta deshonrosa o la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, y que por tanto, esta es una causal remedio en atención al hecho objetivo de la imposibilidad de vida conyugal en razón del peligro de salud que afecta al cónyuge y la prole, manteniéndose un razonamiento similar al que sustentaba esta causal en su fórmula original.

#### c) Caducidad:

No caduca en tanto subsistan los hechos que le den lugar. Con relación a las enfermedades venéreas tradicionales, éstas son curables y por

lo tanto susceptibles de caducar, lo que no ocurre con el SIDA, frente al cual su intervención de mantenimiento e imposibilidad actual de curación la tornan siempre expedita.

#### **5.4 La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.**

##### **a) Definición:**

Es en los últimos debates parlamentarios que precedieron la promulgación de la Ley N° 27495, que se introdujo la discusión respecto a esta causal bajo la denominación de incompatibilidad de caracteres, finalmente la propuesta fue incorporada como la imposibilidad de hacer vida en común.

Dicha acotación resulta pertinente al tratar de definir la causal en cuestión, a efectos de conceptualizarla como una causal genérica de divorcio quiebre, dentro del enfoque de divorcio remedio como lo sugiere su propuesta original, supuesto en el que no se distingue responsables, o de causal inculpatoria genérica para lo cual resulta necesario la invocación por el cónyuge agraviado de un hecho o conducta no cometidos por él y que siendo incompatibles con los deberes conyugales, imposibilitan efectivamente la vida en común.

Pareciera que el sistema mixto que presenta nuestra legislación, a través de las modificaciones operadas en el régimen, conducen a definirla desde la segunda perspectiva, más aún si como lo señaláramos líneas atrás la propia ley no le ha dado un tratamiento distinto al de causal inculpatoria, para efectos de la solicitud de conversión, y no la ha exonerado de la invocación del hecho propio exigido para todas las causales por el numeral 335 del C.C., como si se ha hecho expresamente con la causal de separación de hecho.

Abundan para dicha consideración observar la regulación de dos efectos fundamentales de la disolución del vínculo matrimonial por esta causal, como: la fijación de alimentos y la determinación de la patria potestad.

Con relación al primero, la ley no le distingue un tratamiento propio como en la causal de separación de hecho, en la que 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, en la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal al no tener en este aspec-

to tratamiento adicional deberá asimilarse su regulación a lo dispuesto por norma general en el Art. 350° del C.C. cesando la obligación por el divorcio, salvo que el **inocente** no tuviera los bienes propios, gananciales suficientes, o esté imposibilitado de trabajar, inocencia que es establecida en la sentencia al determinarse al culpable de la causal, lo que no es posible en una causal divorcio quiebre en donde la regulación de los alimentos y otras consecuencias del divorcio son establecidas atendiendo criterios objetivos de carácter general, temporal o permanente como lo es la necesidad de cualquiera de ellos. (Ver artículos 49° al 63° del Código de la Familia de Cuba).

Por tanto, en los procesos por esta causal la disyuntiva a plantearse será de conceptualizarse como una causal remedio, no existiendo un inocente y un culpable de la misma no resulta aplicable el primer párrafo del Art. 350° del C.C en lo que respecta a la fijación de alimentos al cónyuge inocente, por tanto disuelto el vínculo matrimonial cesa la obligación alimentaria para ambos sin excepciones, quedando sólo expedito el supuesto extremo de la indigencia frente al cual incluso el culpable puede acceder a una pensión alimenticia. De otro lado, de mantenerse la lógica inculporia en esta causal el cónyuge demandante será acreedor alimentario cuando estableciéndose la culpabilidad del otro en el proceso así se le declare en la sentencia de divorcio y se verifique además cualquiera de los supuestos de necesidad que exige la ley.

Similar posición sancionadora en esta causal se plantearía en el señalamiento de la patria potestad, al respecto tomando nuevamente como referente la otra causal innovadora, en el caso de la separación de hecho el dispositivo modificadorio aunque deficientemente debemos entender da un tratamiento similar 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 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 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.

El razonamiento precedente nos lleva a formularnos la siguiente crucial interrogante, cómo deberá resolver el juzgador en un proceso de separación de cuerpos o divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal, al tener que señalar por imperio de la ley el régimen de patria potestad al amparar la pretensión principal por esta causal. Podrá conceptualizarla como una causal divorcio remedio y por tanto al igual que en los otros dos casos disponer que ambos padres conserven la patria potestad entregándole la tenencia a uno de ellos o en la lógica sancionadora del divorcio inculpatorio adicionará esta sanción al cónyuge culpable suspendiéndolo de la patria potestad, parece injusto aplicar este razonamiento a un supuesto que gestado como incompatibilidad de caracteres, pueda limitar en su vigencia un aspecto de tanta trascendencia como es la regulación de la relación paterno filial.

Por ello la regulación de las relaciones paterno filiales, por efecto del divorcio, no puede seguirse involucrando en los enfoques pendulares de divorcio sancionador o de remedio, cuya lógica en cada caso es respetable y opinable, pero que en verdad nos lleva a situaciones incoherentes como la descrita en el párrafo precedente. La causal de imposibilidad de hacer vida conyugal en nuestra legislación cuyo sistema divorcista es mixto, es por negación un ejemplo que en materia de patria potestad, nos permite ubicar las relaciones en su lugar. Al respecto la opción restringida o libre al divorcio, debe conducir en todo caso a la regulación de la relación conyugal, y ésta debe respetar la naturaleza y características propias de la relación paterno filial, los niños y adolescentes son **sujetos de derecho** y no objetos de «protección», porque al fin y al cabo

como objetos forman parte del caudal conyugal, y llegada la liquidación son materia de adjudicación. La suspensión de la patria potestad es una sanción ante el incumplimiento o transgresión de obligaciones paterno filiales y éstas no necesariamente pueden verse afectadas por la falta conyugal imputable al padre o madre emplazado, por lo que resulta recomendable, que la legislación comprendiendo ello no establezca como causal de suspensión de la patria potestad la declaración de separación de cuerpos o divorcio por causal, dándole a este tema un trato equitativo para todas las causales tanto para las remedio como para las culposas, mas aún si consideramos que en el mundo fáctico, en ambas se expresan conflictos conyugales similares.

De incurrir alguno de los cónyuges en transgresión de sus obligaciones paterno filiales, como consecuencia o de modo concurrente a la comisión de falta conyugal, ésta debe dar mérito a la pretensión acumulable de suspensión de la patria potestad, en caso contrario, en materia de divorcio y decaimiento del vínculo conyugal la patria potestad deben ejercerla ambos cónyuges, encargando el juez la tenencia a uno de ellos, de ese modo nos evitaríamos incomprensiones como las que nos plantea la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal y en muchos casos excesos al sancionar a padres o madres con la suspensión de la patria potestad de hijos que los aman y que tienen derecho a ser cuidados, orientados por ambos padres, y que decisiones tan elementales como el colegio en que se van educar u otras como una autorización de viaje o la administración de sus bienes deben compartirla ambos padres con quienes guardan una relación paterno filial promedio.

#### b) Criterios para su evaluación

Para la calificación de esta causal resulta pertinente considerar:

- La no invocación de hecho propio.- Al respecto, el inc. 12 del Art. 333° del C.C. establece a modo de excepción que sólo en la causal de separación de hecho no resulta aplicable lo dispuesto por el Art. 335° del acotado, esto es la prohibición de la invocación del hecho propio por el cónyuge a quien se le atribuye la falta conyugal, por lo tanto no pudiéndose interpretar extensivamente las normas de carácter restrictivo, dicha condición se encuentra vigente para la causal de imposibilidad de hacer vida en común.
- Que los hechos alegados verifiquen en el proceso la afectación de la vida personal y/o conyugal del peticionante.- Corresponde al juzga-

dor de acuerdo a lo actuado en el proceso estar en condiciones de verificar el estado de infelicidad de los cónyuges, por efecto del hecho imputable al otro consorte, debiendo ser ello argumentado en la decisión judicial, al representar el sustento de la perturbación social que amerita legalmente la disolución del vínculo matrimonial.

- Razonabilidad de los hechos alegados.- Los hechos demostrados deben revestir la gravedad y magnitud suficiente que ameriten el divorcio. Ello supone de acuerdo a la naturaleza de los hechos que se evalúe la reiterancia en su ocurrencia o su permanencia.
- Los hechos invocados no deben incorporarse dentro de las otras causales.- Al haber mantenido el sistema las causales tradicionales de decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, encontrándose legalmente distinguidas deben incorporarse en esta causal supuestos no asimilables a las causales precedentes. Delimitación particularmente fronteriza si consideramos la cobertura que brinda la causal de injuria grave.
- Plazo mínimo de vida en común.- El juzgador merituará al considerar la razonabilidad del pedido la duración del matrimonio cuya disolución se solicita, por cuanto una semana o un mes de su celebración no resultan suficientes para merituar que el hecho invocado imposibilite la vida en común. Su trascendencia reflejará su ocasionalidad, o correspondencia a un proceso de adaptación marital.
- Imposibilidad de hacer vida en común o reanudar la vida en común.- Consideramos que al igual que en la causal de conducta deshonrosa, la jurisprudencia no debe requerir como elemento configurativo de la misma que al demandarse la causal los cónyuges vivan juntos, ameritándose la imposibilidad de hacer vida en común también ante la imposibilidad de reanudarla. Sea el caso del cónyuge que demanda el divorcio por el estado de esquizofrenia paranoide que padece su consorte, que incluso puede estar internado en un centro de salud.
- Actualidad de la falta conyugal invocada.- No habiéndose establecido plazo de caducidad respecto a la ocurrencia de los hechos que imposibilitan la vida en común resulta razonable que se trate de hechos vigentes, no pudiéndose invocar aquellos que han concluido en un pasado aceptado por el afectado.

b) Caducidad:

El Art. 339° del Código Civil establece los plazos de caducidad para cada causal, no habiendo sido éste modificado por la Ley N° 27495, y considerándose que los plazos de caducidad los fija la ley, tal como lo preceptúa el Art. 2004° del acotado, resulta pertinente a efectos de impedir el ejercicio abusivo de un derecho, requerir que los hechos invocados para efectos de la causal subsistan al momento de ser demandados.

## 5.5 La separacion de hecho de los cónyuges

a) Definición:

Nuestra legislación ha introducido en el inc. 12 del Art. 333° del C.C., la muy debatida 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.

Tras más de diez años de reiteradas propuestas legislativas, se ha incorporado en nuestro régimen legal de divorcio la reconocida causal objetiva, propia del sistema divorcio remedio esta es la separación de hecho, que modificando sustancialmente la lógica imperante en el sistema admite la invocación del hecho propio para dar mérito al divorcio, en tanto dentro de su racionalidad atiende al efecto de ruptura matrimonial de hecho evidenciada en la separación prolongada de los cónyuges y no a sus causas.

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.

b) Elementos de la causal:

1. Elemento objetivo: Cese efectivo de la vida conyugal, Apartamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación.

2. Elemento subjetivo: Intención de interrumpir la convivencia mediante la separación, por tanto no se amerita la causal cuando es por efecto de cuestiones laborales, requiriéndose el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges, acotándolo así el propio texto legal modificatorio, en su parte final.
3. 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, cabe señalar respecto al cónyuge que puede invocarla, que indistintamente cualquiera de los cónyuges puede 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 la nota distintiva de causal objetiva de divorcio remedio.

Otra nota que distingue, el elemento material de la causal objetiva se ubica en un supuesto que antes se encontraba excluido de la causal culposa, el eventual aunque 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. y que de acuerdo al régimen anterior sus pretensiones de divorcio por dicha causal eran declaradas improcedentes, en tanto hoy, la sola separación de hecho de los cónyuges con prescindencia de la probanza de la casa conyugal permite la configuración de este elemento. Aspecto distinto será el vinculado a la verificación del cónyuge perjudicado, para lo cual resulta fundamental identificar la casa conyugal, a efecto de reconocer al cónyuge abandonado,

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, 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, la ley en su tercera disposición complementaria y transitoria señala que para los efectos de la aplicación del inciso 12 del Art. 333° del C.C. 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 el cónyuge demandante se retiró de la casa común por razones laborales y que ha venido cumpliendo satisfactoriamente sus obligaciones alimentarias, acogándose en este extremo al supuesto de improcedencia consignado en la ley, defensa que resultaría implicate 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 o honor o peligro de la vida, igualmente comprensibles para la no-configuración de la causal, es de esperarse que ello en aplicación del Art. 289° del C.C. 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 cuan-

to en lo ininterrumpido del plazo se evidencia la ruptura de hecho con carácter permanente de la relación conyugal.

c) Cónyuge perjudicado:

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 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, 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.

d) Requisito de admisibilidad de la demanda:

Para invocar la causal, la ley establece que es necesaria la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria. Comprendido 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 verificar 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 otra posibilidad que hay que calificar, cual es 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 pretende cumplir el requisito de admisibilidad en su sola afirmación, corroborada con la declaración de parte del emplazado o el testimonio de los otros acreedores alimentarios.

e) Fenecimiento del Régimen de Sociedad de Gananciales:

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

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 feneci-

miento de la sociedad de gananciales en el Art. 318° la separación de hecho de los cónyuges señalando un plazo legal razonable.

f) Caducidad:

El Art. 339° del Código Civil establece los plazos de caducidad para cada causal, no habiendo sido éste modificado por la Ley 27495, y considerándose que los plazos de caducidad los fija la ley, tal como lo preceptúa el Art. 2004° del acotado, dada la naturaleza de la causal esta se encuentra vigente, en tanto subsista la separación de hecho entre los cónyuges.

## 6. Reflexión final

Sólo deseamos señalar que observaciones e inquietudes como las compartidas en los párrafos precedentes, representan únicamente parte del gran espacio de discusión que viene provocando el tema. Las conjeturas pueden ser múltiples, la esbozada nos lleva a reflexionar que los tan anunciados cambios legislativos de orden divorcista flexible, y cuya difusión han generado múltiples expectativas, por la indefinición, incoherencia y precipitación en que se han propuesto, legal y fácticamente pueden no tener el efecto previsto. Pareciera que el impacto cataclísmico de una apertura divorcista efectiva no se avizora próxima, para tranquilidad de muchos y preocupación de otros tantos.