
DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Nelson Reyes Ríos

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

1. MARCO TEÓRICO: SOCIEDAD CONYUGAL Y CONCEPTUACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ

Sociedad conyugal: El estudio de la sociedad conyugal y la conceptualización jurídica del matrimonio resultan indispensables en el enfoque del tema del decaimiento y disolución del matrimonio que nos ocupa. El contenido de la sociedad conyugal es muy amplio, sin embargo, en su estudio debe considerarse todo lo relacionado con el matrimonio desde su etapa previa, con la figura de los esponsales; el control de la voluntad, con los impedimentos matrimoniales, así como el trámite en su celebración y la invalidación, en el caso de existir vicios o irregularidades. También comprende los efectos jurídicos que origina el matrimonio tanto en el ámbito personal de los cónyuges, resaltando los deberes y derechos, así como las consecuencias de orden patrimonial, con el régimen de bienes del matrimonio, para concluir su estudio con las formas del decaimiento y su final disolución.

En esta oportunidad, el presente trabajo apunta, de manera breve y sólo con carácter referencial, a lo relacionado con el instituto del decaimiento y disolución del vínculo matrimonial.

1.1 Conceptuación jurídica del matrimonio

En la conceptualización jurídica del matrimonio se deben tomar en cuenta diferentes aspectos:

- Si se trata de un concepto genérico o particular.
- Si el matrimonio es un acto instantáneo referido sólo a su forma o es un proceso.
- Fundamentalmente, los elementos de existencia o validez.

1.1.1 Conceptuación genérica o restringida

Arturo Jemolo¹ señala que el concepto del matrimonio puede considerarse como singular o comúnmente conocido y sencillo, pero advierte que existen diversas connotaciones que deben tomarse en cuenta, por ejemplo, si se puede generalizar la concepción de matrimonio entre personas del mismo sexo (con diferente tratamiento en varios países); sobre la intervención de un funcionario determinado, como los notarios o jueces; el tema de su disolución o indisolución, entre otros aspectos; lo que determina, dice el autor, que el concepto jurídico sea diferente para cada legislación.

Con el fin de poder entender el matrimonio como institución, debe ser tomado en el contexto de una realidad determinada, es decir, que se debe trabajar con un concepto restringido.

En el Perú se ha estipulado expresamente en el artículo 234 del Código Civil².

1.1.2 Matrimonio como acto o proceso

En la conceptualización jurídica del matrimonio también debe tomarse en cuenta que éste no es un acto instantáneo referido sólo a su forma de celebración, sino que es un proceso que sigue una secuencia lógica en las relaciones humanas, tiene muy definido su inicio y terminación.

Para una mejor comprensión, pueden establecerse dos etapas muy definidas:

La primera se determina, esencialmente, con la manifestación de la voluntad; así, la pareja por lo regular tendrá que expresar su voluntad para el conocimiento entre ellos y luego para expresar el consentimiento mutuo de sus relaciones sentimentales, lo que se concretará en una promesa recíproca y acreditable de un futuro matrimonio, conocido en derecho como *los sponsales*.

Más adelante dicha expresión de voluntad tendrá un determinado control, que obedece a diferentes aspectos que se requieren para garantizar una adecuada seguridad jurídica, como en el orden ético moral, social, criminológico, de salud, etc., los que están constituidos por los *impedimentos matrimoniales*.

Posteriormente, debe adecuarse voluntariamente a una determinada formalidad en su celebración, la que está constituida por la observancia *del trámite* establecido, constituyendo lo que se denomina la formalidad *ab solemnitate* del acto, toda esta etapa se conoce como "matrimonio acto jurídico"³.

La segunda etapa está constituida por los actos posteriores a su celebración, en los que la voluntariedad no será la más sal-

1 JEMOLO, Arturo Carlo. *El matrimonio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

2 *Código Civil del Perú 1984*. Edición oficial. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1997.

3 BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988.

tante o indispensable. Esto se observa en las consecuencias o efectos jurídicos del matrimonio, que pueden ser de carácter personal entre los cónyuges, denominado para su estudio como los *deberes y derechos que nacen del matrimonio*, así como los de carácter patrimonial, con el establecimiento del *régimen de bienes del matrimonio*. Como se mencionó, la voluntad no es la determinante en dichas relaciones, surgiendo para su estudio, el enfoque del matrimonio como *institución*⁴, por los fines que son esencialmente de orden social y no estrictamente de orden personal.

1.1.3 Elementos de existencia o validez del matrimonio en su concepción

Si se tiene establecido que debe tomarse en cuenta el concepto restringido del matrimonio, de acuerdo con cada legislación, entonces, para el Perú, debe considerarse lo establecido en el artículo 234 del Código Civil, que a la letra dice:

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

De su redacción encontramos que contiene condiciones de existencia y validez. Su concepción debe estar sustentada sólo en los elementos de su existencia, sin los cuales no será posible que jurídicamente se considere matrimonio en el Perú. Sólo

determinando su existencia podrá analizarse posteriormente si es o no válido. Dos dispositivos del Código Civil⁵ determinan este criterio:

- El artículo III del título preliminar del mencionado cuerpo de leyes, que dice:

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

- El artículo 269 que señala:

Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil. La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta.

Fundamentalmente, con este dispositivo se exige la presentación de la partida expedida por los Registros Civiles para reclamar los efectos jurídicos del matrimonio, con dicho documento puede desprenderse si el matrimonio celebrado tiene algún vicio que lo invalide. Sin embargo, para su existencia jurídica se considera que tiene que reunir tres requisitos fundamentales, sin los cuales sencillamente no existirá como matrimonio para la ley peruana. Los requisitos son:

- diferencia de sexo,
- existencia del consentimiento y
- la observancia de la formalidad establecida, con la intervención del funcionario facultado por ley.

En cuanto al primer elemento, sobre la diferencia de sexo, en el Perú no se puede

4 BORDA, Guillermo. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1972.

5 *Código Civil peruano 1984*. Edición oficial. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1997.

concebir como matrimonio en sentido jurídico la unión de dos personas del mismo sexo. En otros países, como sabemos, sí es factible. En nuestra legislación se exige que la unión se realice entre un varón y una mujer. Incluso, se puede realizar dicha unión y, por lo tanto, puede existir la partida, sin embargo no existe el matrimonio. En esos casos se distingue el mérito del documento y del acto que lo contiene, de donde se puede inferir que existe el documento pero no el acto. Producida dicha situación hipotética o real, se orienta que pueda accionarse solicitando la invalidez del documento respecto de un acto inexistente.

Con respecto al segundo elemento de existencia, está referido al consentimiento, y no al libre consentimiento, que es cosa distinta; es decir, que el sustento del matrimonio es el *consentimiento*. Cuando hay ausencia de este elemento sencillamente no existe el acto. Un caso práctico puede servir de ejemplo: cuando una persona niega y acredita que no intervino en la celebración del matrimonio. Como se mencionó puede existir el documento con intervención fraudulenta, pero sin consentimiento del contrayente, quien niega haber estado presente en la celebración.

En cuanto al tercer elemento para que exista el matrimonio, se refiere a la formalidad con la intervención del funcionario facultado expresamente por ley. En este caso, en el Perú no se llamará ni existirá matrimonio el celebrado, por ejemplo: ante una delegación policial o ante un notario o juez. Podría argumentarse que para tal caso resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 277 del Código Civil, que determina la anulabilidad del matrimonio cuando se celebra de buena fe ante funcionario incompetente. Sin embargo, debe considerarse la incompetencia del funcionario sólo a los facultados por ley,

aplicando el criterio de la competencia o no de los jueces por razón de materia territorial y otros criterios.

En nuestra legislación, como en muchas otras, no se distingue la comprobación de existencia o inexistencia del matrimonio, por lo que su aplicación técnica implica simplemente desconocer su existencia jurídica sobre la base de los elementos constitutivos señalados.

2. DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ

Con este título se expresa con claridad, los diferentes problemas que puede afrontar el matrimonio, especialmente aquéllos que perturban su estabilidad hasta llegar algún momento y por diferentes formas a la conclusión o terminación del vínculo.

El decaimiento del matrimonio está indicando que existe una crisis, un debilitamiento o algún motivo o causa que no permite que dicho vínculo se desenvuelva de una manera normal; sin embargo, dicha unión todavía está vigente, existe legal o formalmente. En derecho, este debilitamiento es tratado como la *separación de cuerpos*.

En cambio, la disolución es tratada dentro de sus diferentes modalidades, cuando ya se da por concluido el vínculo matrimonial, resaltando como una forma especial el *divorcio*.

2.1 La separación de cuerpos

Cuando el matrimonio tiene dificultades, está en crisis o debilitado en su normal funcionamiento, entonces se ha encontrado una forma de poder afrontar este problema, con la separación de cuerpos.

2.1.1 Antecedentes

Originalmente las legislaciones que rechazaban el divorcio como una de las formas de disolver el matrimonio, adoptaron solamente la separación de cuerpos, autorizando a los cónyuges para que puedan vivir separados, por cuanto ya no es posible cumplir con el deber principal del matrimonio, que es hacer vida en común (tener vida marital, vivir bajo un mismo techo y lecho). Antiguamente, se le conocía también con el nombre de divorcio, con la particularidad de que no disolvía el matrimonio, por ello se nombraba como divorcio relativo. Así sucedió en el Perú, con el Código Civil de 1852⁶, y el Código de Procedimientos Civiles de 1912⁷, mencionando en un capítulo lo relativo al divorcio y la nulidad del matrimonio (artículo 583).

2.1.2 Objetivo principal

Como se mencionó, el objetivo principal de la separación de cuerpos es conseguir la autorización judicial para suspender el deber de hacer vida en común, que establece el artículo 284 del Código Civil (CC) con sus amplias consecuencias⁸ con el propósito de buscar seguramente alguna solución en el tiempo o de dar oportunidad a los cónyuges para rectificar sus conductas, con asesoramiento o no de institución o persona especializada, para salvar el vínculo matrimonial. Recalcamos que el objeto principal es ése y no otro, como se

pretende sostener cuando se indica que también es una forma de llegar a la disolución del matrimonio. Es posible, pero de manera indirecta y no inmediata. Definitivamente no es causal de divorcio.

2.1.3 Formas

En doctrina existen diversas formas para solicitar la separación de cuerpos, desde la forma unilateral, convencional o por causales establecidas.

De todas las modalidades existentes, en el Perú se ha adoptado dos: una forma convencional, que anteriormente era conocida como separación por mutuo disenso. Para este caso se requiere la voluntad de ambos cónyuges y mínimo dos años de matrimonio (artículo 333 inc. 11 del CC); y una segunda, por causales establecidas.

2.1.4 Efectos

En cuanto a la situación jurídica de los cónyuges, la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación (artículo 332 del CC).

Los cónyuges pierden el derecho hereditario si la separación se declara por culpa suya. Es decir se pierde la vocación sucesoral respecto del otro cónyuge (artículo 343 del CC).

Respecto de los bienes, por la separación de cuerpos se pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales (artículo 332 del CC).

En cuanto a la tenencia y ejercicio de la patria potestad de los hijos, existen dos situaciones:

- Cuando la separación de cuerpos se produce por las causales señaladas en el artículo 333 del CC, en cuyo caso es de aplicación el artículo 340 del mismo Código que dispone:

6 Código Civil peruano 1852. Edición oficial.

7 GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Civiles del Perú-1912*. Lima: Editorial Cuzco S.A., 1982.

8 ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano*. Lima: Editores Gaceta Jurídica SRL, 1997.

los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación de recaer por su orden y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones, mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

- En caso de separación convencional, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos o los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional, las disposiciones contenidas en los artículos 340 ya indicado, último párrafo y 341 conforme se consagra en el artículo 345 del CC.

En nuestra legislación también se contempla la figura de la separación de cuerpos de pleno derecho, aquélla que no se produce por causales ni de manera convencional. Esta figura se presenta cuando uno de los cónyuges deviene en enfermo mental o con enfermedad contagiosa. En este caso sólo requiere que se acredite el hecho (artículo 347 del CC).

2.2 Modalidades y formas de disolución del matrimonio

Aparte del divorcio, del que nos ocuparemos brevemente, existen otras formas de disolución o terminación del vínculo matrimonial, pero tienen que estar expresamente señaladas por ley, como se establece en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

Se disuelve el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, tanto por la muerte natural a que se refiere el artículo 61 del CC cuando señala "que la muerte pone fin a la persona", así como también la llamada muerte civil, que se produce con la figura de la muerte presunta, como se establece en el artículo 64 del CC: "la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el Registro de Defunciones". Es necesario tener presente que la declaración de muerte presunta puede ser materia de contradicción con la figura del reconocimiento de existencia; en este caso, el matrimonio del cónyuge del desaparecido queda como válido, conforme se establece en el artículo 68 del CC "el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge".

Algunas legislaciones, como el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, México consideran también como forma de disolución del matrimonio la invalidación⁹. Si se entiende como terminación del vínculo puede ser considerado así, aún cuando se trata sólo de la temporalidad de la causa, ya que la invalidación se produce por causas concurrentes con dicha celebración,

9 GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Legislación familiar en el Estado de Hidalgo*. México: Litográfica Anselmo S.A., 1984.

mientras que la disolución se produce por causas posteriores a dicha celebración.

Resulta importante considerar también como forma o modo de disolución del matrimonio, el transcurso del tiempo de seis meses de ejecutoriada la sentencia de separación de cuerpos, a que se refiere el artículo 546 del Código Procesal Civil (CPC) considerándolo como ulterior divorcio, cuando señala que se tramitan en proceso sumarísimo la separación convencional y divorcio ulterior. Consideramos que no es una figura contenciosa ni tampoco ingresa al trámite del divorcio, simplemente tiene igual efecto porque se produce su disolución, como se establece en el artículo 354 del CC:

transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

2.3 El divorcio

2.3.1 Antecedente¹⁰

Siguiendo la concepción divorcista de las legislaciones contemporáneas, el Perú adoptó el divorcio como forma de disolver el matrimonio con los decretos leyes 6889 y 6890 de fecha 8 de octubre de 1930. Sin embargo, para llegar a tal decisión se ha tenido que pasar por muchos inconvenientes, como sucedió con la ley de 1920, que

tuvo como antecedente el proyecto presentado al Senado por el doctor Ángel Gustavo Cornejo, mediante el cual se disponía que los jueces y tribunales de la República conocerían de los juicios sobre divorcio y nulidad de matrimonio, debiendo tramitarse conforme a la sección segunda, título VI del Código de Procedimientos Civiles. Dicha ley de 1920 establecía:

Artículo 1. Para que el matrimonio produzca efectos civiles debe celebrarse en la forma fijada por la ley de 23 de Diciembre de 1897. Los párrocos, pastores y sacerdotes que hagan sus veces exigirán antes de celebrar el matrimonio el certificado del matrimonio civil. Sufirán la pena de arresto mayor los sacerdotes o pastores que casen sin este requisito; artículo 2. De los juicios de divorcio y nulidad conocerán los Tribunales Civiles, sustanciándolos por los trámites fijados para los juicios de menor cuantía; artículo 3. El divorcio cuando tenga por causa los motivos consignados en los incisos 1, 2, 3, 4, 10, 11, 12 y 13 del artículo 192 del Código Civil producirá los mismos efectos que la nulidad. Para las causas de los incisos 2 y 3, la demanda corresponde sólo a la mujer; por la del inciso 1, solamente al marido si no concurren las circunstancias del artículo 193. Por las causas de los incisos 4, 10, 11, 12, 13, la demanda corresponde únicamente al cónyuge inocente o sano; artículo 4. En los casos del artículo anterior si la sentencia de primera instancia es favorable a la demanda, será revisada por la Corte Superior aunque no haya apelación. Cuando la revisión sea de oficio el Tribunal citará a 'comparendo' solamente a los cónyuges. Si ninguno concurre confirmará la sentencia, estando el procedimiento ajustado a ley siempre que el Tribunal examine a los cónyuges, a los testigos, recibirá sus declaraciones con Sala de tres Vocales. El examen lo hará oralmente el Presidente de la Sala preguntando lo que juzgue conveniente. La mayoría de los votos forma el fallo. Contra la sentencia de segunda instancia puede interponerse recurso de nulidad por cualquiera de los cónyuges, pero la Corte Suprema sólo podrá declarar la insub-

10 TOLEDO MÁS, César. *Legislación matrimonial en el Perú*. Lima: Editorial Lumen S.A.

sistencia del auto de vista, indicando con precisión los vicios que debe subsanar el Tribunal, sin que en ningún caso vuelva el expediente a primera instancia. La sentencia que niegue el divorcio no impide que se inicie nuevamente el juicio después de un año; artículo 5. La sentencia que declare el divorcio en los casos del artículo 3, emancipará a los hijos mayores de 18 años y fijará necesariamente el régimen a que deben sujetarse los hijos menores de esta edad. A este respecto el Tribunal se conformará en cuanto sea conveniente con las medidas en que están de acuerdo ambos cónyuges. Se fijará, asimismo, la suma con que cada uno de los divorciados debe contribuir al sustento de los hijos menores de 18 años y de las mujeres solteras, aunque sean mayores de edad. En caso de que la madre carezca de bienes, de fortuna no esta obligada a concurrir al sostenimiento de los hijos que corresponda al padre. El régimen que determine la sentencia para la vida de los hijos, puede ser cambiado a solicitud de cualquiera de los divorciados o de los hermanos de 18 años si concurren motivos atendibles. Esta solicitud se hará siempre ante el Tribunal, el cual seguirá siempre un procedimiento oral, limitado a oír en una audiencia a las partes y a los testigos que juzgue conveniente. Comuníquese al Poder Ejecutivo, para que disponga lo necesario a su cumplimiento. Dado en la Sala de Sesiones del Congreso, en Lima, a los treinta días del mes de Setiembre de mil novecientos veinte.

Esta ley se remitió al Ejecutivo para su cumplimiento el mismo 30 de setiembre; sin embargo fue *observada* con fecha 18 de noviembre de 1920 y remitida al Senado el 19. Así se frustró el primer intento por sancionar el divorcio.

En 1930, mediante el decreto ley 6889 se promulgó la Ley de Divorcio Absoluto y Matrimonio Civil Obligatorio, en los siguientes términos:

La Junta de Gobierno; Considerando: Que es una necesidad urgentemente sentida en el país de expedición de la Ley de Divorcio y Matrimonio Civil Obligatorio: Decreta: 'Retírense las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo el 19 de noviembre de 1920 a la expresada Ley de 9 del mismo mes y año; y, en consecuencia, promúlguese y hágase cumplir, concordando con las disposiciones del Código Penal vigente el artículo 1º que quedará en la siguiente forma: artículo 1º.- Para que el matrimonio produzca efectos civiles debe celebrarse en la forma fijada por la ley de 23 de Diciembre de 1897. Los párrocos, pastores y sacerdotes que hagan sus veces exigirán antes de celebrar el matrimonio religioso el certificado de matrimonio civil. Sufrirán pena de prisión de uno a seis meses los sacerdotes o pastores que casen sin este requisito. Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cuatro días del mes de octubre de mil novecientos treinta. Por tanto; mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento. Lima, octubre 8 de 1930.

Por decreto ley 6890 se reproduce la ley de 1920 descrita anteriormente y se indica:

Por tanto, y, habiendo sido retiradas las observaciones por Decreto Ley 6889, mando se imprima, publique, circule y se le dé debido cumplimiento. Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los ocho días del mes de octubre de 1930.

Posteriormente, por ley 7893, se introduce el mutuo disenso como causal de divorcio, que produciría los efectos de la nulidad matrimonial, y la ley 7894 estableció condiciones para poder acogerse a las disposiciones de la ley 7893.

Por ley 8305, de 2 de junio de 1936, se promulgó el segundo Código Civil del Perú, puesto en vigencia el 14 de noviembre de 1936, disponiendo que se mantienen inalterables las disposiciones que contienen las leyes 7893 y 7894 sobre el matri-

monio civil obligatorio y el divorcio, y las demás disposiciones legales de carácter civil, dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.

El actual Código Civil de 1984 establece el divorcio disolutivo del matrimonio sólo por causales expresamente señaladas. Así, se estipula en el artículo 348 del CC. "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio". Y en el artículo 349 consagra "puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 a 10". Precisamente no se considera el inciso 11 del mencionado artículo 333, que se refiere a la separación de cuerpos de manera convencional.

3. SISTEMAS LEGISLATIVOS SOBRE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO

Descartada la posición antidivorcista en la mayoría de las legislaciones, tanto en Europa como en América, se considera que ha quedado únicamente la posición contraria al divorcio por parte de la Iglesia, así como la situación muy especial de Chile, que no tiene una legislación clara sobre el divorcio absoluto.

Actualmente, las legislaciones que admiten el divorcio tienen diferente tratamiento de regulación, orientadas por la mayor facilidad o no en conceder por divorcio el trámite de su disolución.

Los que admiten con mayor liberalidad el divorcio se basan en el principio de libertad con que tienen que proceder los cónyuges, indicando que si para el matrimonio se ha tomado necesariamente la voluntad, se debe considerar de igual forma para su disolución. Así se establece en algunos estados de los Estados Unidos, en el que se toma en cuenta generalmente la vo-

luntad de ambos cónyuges o en algunos casos la voluntad sólo de uno de ellos, lo que se denomina divorcio unilateral. También algunos países de Centroamérica adoptaron dicha regulación. El problema que se plantea en estas formas muy liberales del divorcio, está relacionado con las consecuencias generalmente negativas para la unidad familiar y especialmente con respecto a la situación de los hijos.

La segunda posición está representada por aquellos países que, admitiendo el divorcio, lo hacen de manera restringida, limitada a determinadas causales o en otros sólo por causas elaboradas por cada legislación. En cuanto a la admisión de causales, también pueden haber tratamientos diferentes, en cuanto a la mayor o menor amplitud de las mismas, por ejemplo en el Perú se han considerado 11 causales para la separación de cuerpos y 10 para el divorcio (excluyen la separación convencional). Lo importante de las causales es que todas están referidas a la forma subjetiva de su planteamiento, es decir bajo el principio de *culpa*, por eso se ha denominado a esta forma como *divorcio por culpa y causa*. En este sistema legislativo lo primordial es encontrar un culpable y un agraviado, para los efectos de establecer *sanciones* al culpable (divorcio sanción), como aquella de orden procesal que establece el artículo 335 del CC cuando señala: "ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio". También pueden recaer dichas sanciones en ámbito patrimonial, haciendo perder al culpable los gananciales de manera restrictiva o genérica, como se contempla en el artículo 352 del CC: "el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que proceden de los bienes del otro" y el artículo 324 del mismo CC establece: "en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcional-

mente a la duración de la separación". También se toma en cuenta la culpa para sanciones de carácter personal de los cónyuges como la pérdida del derecho hereditario artículo 343: "el cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden", y artículo 353: "los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí". Se establece una reparación del daño moral al cónyuge inocente, artículo 351 del CC: "si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral". Respecto de la tenencia de los hijos, también se toma en cuenta la situación de culpa; sin embargo, en este aspecto todo debe estar orientado por el principio del interés superior del niño que consagra la Convención sobre el Derecho del Niño aprobada por la 44 Asamblea de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990¹¹ y específicamente el artículo VIII del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes¹².

En cuanto a la causa (no causal) que muchas legislaciones toman en cuenta, como el Código de Familia de Cuba¹³, Panamá¹⁴, El Salvador¹⁵ de manera relativa, se consideran aquéllas donde ya no se toman en cuenta la culpa y agravio de los cónyuges, simplemente se refieren a la causa de

manera objetiva, por eso se denomina en doctrina *causas objetivas*, como aquella de la separación de hecho para la forma convencional. Al no haber culpabilidad lógicamente no existe sanción, denominándolas para su estudio como *divorcio remedio*. Esta fórmula consideramos que es más conveniente para no propiciar mayor quebrantamiento de la unidad familiar, que si bien puede estar ya en crisis, sin embargo, buscando que identificar al culpable, todo el proceso se llena de pruebas para desprestigiar al cónyuge ofensor, indicándolo como el único responsable de todos los males, sin percatarse de la influencia negativa que representa este sistema para la propia situación personal de los cónyuges, sus familiares y especialmente de los hijos. La preocupación que existe en la doctrina sobre el sistema de causas objetivas está relacionada con la asistencia alimentaria generalmente de la mujer. Para contrarrestar esta situación se viene trabajando con una fórmula que se denomina *compensación económica entre ex cónyuges*; es decir que, en términos generales, se pretende establecer una suerte de protección al cónyuge menos favorecido económicamente o al que tiene dificultades para su subsistencia, cuyo tema fue materia de una ponencia¹⁶ en el penúltimo Congreso Mundial sobre Derecho de Familia y que recogen varias legislaciones, como la de Bélgica, Holanda, Suecia, El Salvador, entre otros. Precisamente, esta última legislación¹⁷ establece en el artículo 113 que:

si el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comuni-

11 CHUNGA LA MONJA, Fermín. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Lima: Editorial San Marcos, 1996.

12 CHUNGA LA MONJA, Fermín. *Código de los Niños y Adolescentes*. Lima: Editorial San Marcos, 1996.

13 *Código de Familia de Cuba*. Edición oficial.

14 *Código de Familia de Panamá* (ley Nº 3 del 17-5-94). Panamá: *Gaceta Oficial* 22591, 1 de agosto de 1994.

15 *Código de Familia de El Salvador*. San Salvador: Ediciones Último Decenio, 1993.

16 BELLUSCIO, Augusto. Ponencia sobre la compensación económica de los cónyuges. Congreso Mundial Derecho de Familia. Caracas, 1994

17 Op. cit.

dad su liquidación arrojará saldo negativo, el cónyuge a quien el divorcio produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a una pensión en dinero que se fijará en la sentencia de divorcio, de acuerdo con las pruebas que al efecto se hubieren producido. Para determinar la cuantía de esta pensión y las bases de la actualización, se tomarán en cuenta los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud del acreedor, la calificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación personal pasada y futura a la atención de la familia, la duración del matrimonio y la de convivencia conyugal, la colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge y el caudal y medios económicos de cada uno. En la misma sentencia se fijarán las garantías para hacer efectiva la pensión compensatoria. El derecho de esta pensión se extingue por cesar la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona, por haber cometido injuria grave contra el deudor, o por la muerte del acreedor o del deudor. La pensión se extingue cuando el alimentante: entregue bienes, constituya el derecho de usufructo, uso o habitación sobre determinados bienes, o entregue una suma total de dinero en efectivo al alimentario si así lo acordaren los interesados, o lo decidiere el juez a petición justificada del deudor.

En otras legislaciones se establece que habiéndose decretado la separación de cuerpos por causal de separación de hecho, el cónyuge que solicita la disolución transcurrido el término señalado por ley, está en la obligación de garantizar la asistencia económica al otro cónyuge.

4. PROBLEMÁTICA DEL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La regulación del divorcio en el Perú, como hemos indicado, se encuadra dentro del sistema divorcista (porque existe el divorcio como forma disolutiva del matrimonio, conocido como divorcio absoluto) pero limitado o restringido a causales subjetivas y, generalmente, con efectos de sanción. Por lo tanto, el sistema es el que corresponde a la culpa y causa el denominado divorcio sanción (diferente al llamado divorcio remedio).

Uno de los problemas que surge en nuestro sistema, es la confusión que existe para creer que se puede propiciar el divorcio convencional o por mutuo disenso. Figura que sólo se da para la separación de cuerpos.

También se considera como problema el hecho de que en nuestra legislación se consideran las mismas causales, tanto para la separación de cuerpos como para el divorcio, lo que permite utilizarlas indistintamente para uno y otro propósito, dependiendo de los objetivos que se pretenden, si es solamente suspender la vida en común (separación) o la disolución definitiva del matrimonio (divorcio). En estos casos la toma de decisiones dependerá de una adecuada orientación a los cónyuges, si es interdisciplinaria mejor (psicológica, religiosa, jurídica, pedagógica, etc.).

Por otra parte, se suele comprobar que en el campo procesal también existen algunas confusiones, esencialmente en la etapa de la postulación del proceso. Es por eso que en el tratamiento de las causales se recomienda tomar en cuenta los siguientes aspectos: a) precisar la naturaleza de las causales, b) proponer el empleo de un adecuado medio probatorio, y c) detectar la ineficacia de las causales.

En cuanto a la naturaleza de las causas existen: el adulterio, el atentado contra la vida del otro cónyuge, la injuria grave o el abandono injustificado del hogar conyugal. En relación con el adulterio tiene que definirse con precisión la relación sexual voluntaria de uno de los cónyuges con persona distinta del otro y qué amplitud puede tener el término de relación sexual. Serán considerados también los actos contra el pudor o las recientemente denominadas "relaciones impropias". De igual manera, la voluntariedad para realizar dichos actos sexuales. En la figura de la injuria grave conviene precisar la ofensa directa, propósito deliberado de causar menoscabo en la persona o la familia de uno de los cónyuges. Esta causal es muy amplia en su interpretación. En relación con el atentado contra la vida del otro cónyuge, es preciso aplicar los criterios del campo penal para la tentativa de homicidio, y no solamente llevarse de referencias que existen sobre la intención de matar. Sobre el abandono injustificado del hogar conyugal, se requiere que sea injustificado, lo que de por sí ya representa una dificultad probatoria, y que además se acredite que existió hogar conyugal.

Si para determinar la naturaleza de cada causal existe dificultad, que dependerá de cada caso en particular, es más complicado proponer los medios probatorios idóneos para cada causal. Es por eso que para el adulterio y para la mayoría de las otras causales se ha trabajado con las llamadas pruebas directas, aquéllas que de por sí brindan credibilidad y acreditan un hecho; pero como en muchas oportunidades resultará muy difícil encontrar este tipo de prueba, por la intimidad personal del acto sexual, se trabaja también con las llamadas pruebas indirectas, que están representadas por todos los medios posibles, que, unidos, recién pueden constituir probanza.

Por último, sobre la ineficacia de las causales, es conveniente que se tome en cuenta lo que se denomina el perdón o conocimiento o consentimiento de las mismas y el factor tiempo, con la figura de la caducidad a que se refiere el artículo 339 del CC:

La acción basada en el artículo 333, incisos 1, 3, 9, y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.