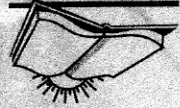


IDEMSA



3ra Edición

DERECHO DE FAMILIA
EN EL CÓDIGO CIVIL

JAVIER ROLANDO FERRER ANDRÍA

112. CAUSAS DEL DIVORCIO

A. Adulterio.- Etimológicamente, algunos autores la derivan de

las palabras latinas *alterius y torus* que en buen romance significa le-cho de otro; en cambio otros, afirman que procede de *adulterium* derivado del verbo *adulterare* que significa seducir a una mujer casada, viciar o falsificar algo. Se trata de una de las causales con mayor incidencia en la realidad, entendida como una unión sexual legítima.

El adulterio consiste -dice Gerardo Trejos⁶⁴- en las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con tercero. Entonces viene a ser una causa indirecta, inculpatoria y perentoria que genera la disolución del vínculo matrimonial, que consiste en la violación del deber de fidelidad manifestado en el trato sexual que mantiene un cónyuge con persona distinta de su consorte. En ese sentido, su esencia la tenemos en la relación monogámica en la que la fidelidad presupone la exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge.

Su fundamento se encuentra en una grave violación del deber de fidelidad que origina la desarmonía conyugal haciendo insportable la vida en común. El deber de fidelidad es recíproco para los esposos, por eso desde el punto de vista moral, el adulterio del varón es tan censurable como el perpetrado por la mujer; pero desde otra perspectiva las consecuencias jurídicas del adulterio de la cónyuge podría asumir mayor gravedad, desde que pone en duda el principio *pater is est*, con el tal vez, la introducción de un extraño en la familia.

Los elementos constitutivos del adulterio son: a) El objetivo, cons-tituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, porque esta causal se vincula con un tipo de acto sexual (peneano-vaginal), de ahí que las relaciones mantenidas entre homosexuales o lesbianas no tipifican actos adulterinos, sino conductas deshonrosas. b) El subjetivo, de contenido psicológico, que consiste en el propósito deliberado de un cónyuge para mantener relación sexual con tercero fuera de matrimonio, por eso el acto sexual cometido por violación o por quien sufre de trastornos de conciencia por un estado hipnótico, por efectos de drogas o del alcohol, no permite se configure la causal, por esa misma razón la inseminación no con-sentida no implicaría adulterio; la simple tentativa tampoco constituye

⁶⁴ De acuerdo con la doctrina francesa, son causas perentorias, cuando aportada la prueba material, el tribunal obligatoriamente pronuncia el divorcio (automáticamente); mientras que, las facultativas, las que conceden al mismo un amplio poder de apreciación.

causal que origine la disolución del lazo nupcial, menos los actos preliminares al coito (imnisio penis in os, fellatio in ore, coitus inter femora, cumnis linguis, etc.).

Los requisitos para instaurar el divorcio por esta causa son: a)

Que exista un vínculo matrimonial de naturaleza civil, esto es que sea formal. b) Que el adulterio sea real y consumado, pues tiene que haber

necesariamente cópula sexual y sea susceptible de comprobación. c)

Que sea consciente y voluntario, vale decir, que medie el elemento

intencional por parte del cónyuge infractor del deber de fidelidad. d)

Que constituya grave ofensa para el otro cónyuge, pues es indispensable

que el ofendido no lo haya provocado, consentido, ni perdonado,

de ahí que la cohabitación posterior al adulterio impida iniciar o proseguir la acción. f) Que no se sustente en hecho propio.

Con relación a la prueba del adulterio existen dos criterios: a) El

de la prueba indirecta, en razón de que el ayuntamiento carnal suele

realizarse a escondidas, sin que exista persona que pueda atestiguar

tal hecho, de donde resulta que su comisión deberá establecerse a

través de indicios o presunciones. b) El de la prueba directa, ya que su

probanza será posible a través de los medios probatorios establecidos

en la ley procesal. Sin embargo son pruebas idóneas las partidas de

nacimiento de hijos adulterinos, las cartas comprometedoras, etc.

La acción de divorcio por adulterio caduca a los seis meses de

conocida la causa por el ofendido, en todo caso, a los cinco años de

producida ésta. Con respecto al cómputo del plazo de caducidad, un

sector mayoritario, sostiene que la continuidad en el adulterio, a través

de una relación permanente, impide que el término de caducidad trans-

curra, mientras que el otro considera que esa situación no afecta el

término legal, siendo importante tan sólo el momento del conocimiento

de la ocurrencia del hecho invocado, limitándose a una aplicación for-

malista de la ley

Es conveniente resaltar la creciente aceptación que en el tiempo

tiene teniendo el concepto jurisprudencial de adulterio continuado que

resuelve contradicciones y dificultades en la interpretación de los pla-

zos de caducidad, es más, es necesario destacar que el actual ordena-

miento penal ha discriminado el adulterio, puesto que ya no la prevé

como tipo legal.

B. Violencia física o psicológica.- Esta causal tiene sus antece-

desentes en la 'sevitia que proviene de la palabra latina saevitas, saevitia

o saevitudo que significa crueldad, inhumanidad, insensibilidad. Según

Carlos Rebora, citado por Ramírez Gronda⁶⁵, "la sevicia es el acto de crueldad por el cual uno de los cónyuges dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultraja al otro y salva así los límites de recíproco respeto que supone la vida en común

El Decreto Legislativo No. 768 introdujo una modificación cam-biando la designación de 'sevicia' por la de 'violencia, física o psicoló-gica', que el juez apreciará según las circunstancias. Luego, la violencia física o psicológica es una causal directa, inculpativa y facultativa que puede originar el divorcio, que consiste en la compulsión física o coac-ción moral que un cónyuge ejerce contra el otro con el propósito de hacerle sufrir innecesariamente y, que por su gravedad y continuidad hacen insostenible la vida en común. Nosotros, no estamos de acuer-do con la nueva denominación introducida por el Decreto Legislativo en-mención, ya que la sevicia en su concepción más actualizada implica no sólo compulsión material, sino también coacción moral, ampliamen-te difundida por la doctrina y la legislación comparadas y está profun-damente grabada en la conciencia de los hombres.

La jurisprudencia peruana⁶⁶ ha definido la causal de la manera siguiente: "Se entiende por violencia física o psicológica al trato reitera-do y cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arras-trar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho o psicológicamente a su consorte, salvando los límites del recíproco respeto que supone la vida en común". La mencionada ejecutoria exige como elemento de la causal la pluralidad de acciones o sea la reiterancia en las agresiones sean estas físicas o psicológicas.

Se funda en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales como es la violación del deber de asistencia que tiene sus- tento ético-moral y se expresa en la falta de respeto a la integridad física o moral del otro cónyuge cuyo sufrimiento continuo o reiterado no sólo hace mortificante la vida en común sino que altera gravemente las relaciones familiares.

El elemento objetivo de la violencia física o psicológica esta cons-tituido por actos de excesiva crueldad que uno de los cónyuges infiere al otro, que se manifiesta en: las lesiones que se causa al otro cónyu-ge, las brutales relaciones sexuales, el trato irritado y descortés, la

⁶⁵ RAMÍREZ GRONDA, Juan. Diccionario Jurídico. Buenos Aires: Claridad, 1976. p. 259
⁶⁶ Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia. Casación No. 027-F-97-

vigilancia inmotivada que un cónyuge ejerce sobre el otro e inclusive en actos que implican sadismo refinado⁶⁷. Además, ésta se traduce no sólo en acciones positivas como las mencionadas anteriormente sino también en meras omisiones como el abandono del consorte en estado de necesidad o de peligro. Luego, no podrá calificarse de violencia la simple amenaza de malos tratos, el insulto o la disputa que no se traducan en un ultraje material y/o moral.

En cambio, el elemento subjetivo se expresa en el propósito o la intención de hacer sufrir innecesariamente al otro cónyuge. Entonces, el factor intencional resulta trascendente por cuanto el deseo de provocar sufrimiento rompe la armonía y el mutuo respeto que se deben los casados entre sí y el peligro que entraña en el inocente, hacen justificable la disolución del vínculo. Se entiende que el cónyuge víctima de malos tratos no debe haber motivado o provocado la agresión, por eso también, no puede calificarse de violencia física o psicológica la lesión o la herida producida involuntariamente, tampoco la violencia que proviene de un consorte enajenado aunque sea reiterada. Luego la violencia desatada deberá ser apreciada por el juez según las circunstancias.

Las condiciones para promover el divorcio por esta causa son las siguientes: a) Que existan malos tratos físicos o morales ejecutados con crueldad. b) Que sean reiterados y revistan gravedad, porque el hecho aislado o único no justifica la disolución del vínculo. c) Que exista ánimo o propósito de hacer sufrir al otro cónyuge innecesariamente. d) Que no se fundamente en hecho propio.

En relación con la prueba, la violencia física o psicológica puede acreditarse por cualquiera de los medios probatorios consignados en el artículo 192 y 193 del Código adjetivo; sin embargo, las pruebas decisivas son: las certificaciones de las denuncias policiales sobre malos tratos físicos o psicológicos que no hayan sido impugnadas, los certificados médicos o de salud relacionados con ambos tipos de malos tratos, etc. No obstante lo mencionado, para la probanza de la causalidad resultan insuficientes las denuncias policiales por violencia, requiriéndose, por cierto, una investigación posterior que revele indubitadamente.

⁶⁷ No obstante la aparente rigidez de esta causa, la jurisprudencia peruana mantiene una tendencia a interpretar de modo cada vez más amplio las causales de sevicia, injuria grave y conducta deshonrosa, al extremo de que puede decirse que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado un sistema de causas diversas. PERALTA ANDÍA, Rolando. Una Nueva Concepción para el Divorcio en el Perú. En la Revista N° 2 del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco. Cusco: La Amistad, 1988. p. 93.

El fundamento de esta causa se encuentra en la protección de uno de los derechos fundamentales de la persona humana como es la vida de uno de los cónyuges y que se expresa en el quebrantamiento del deber de asistencia recíproca y en la falta de seguridad personal del cónyuge contra quien se atentó, esto es, en el peligro que representa tal hecho. En ese sentido, la ley permite a este consorte un medio para ponerse a cubierto contra nuevos atentados, precisamente de

por. Luego, el atentado contra la vida del cónyuge es una causa directa, inculpatoria y perentoria que ocasiona el divorcio, que consiste en la tentativa de homicidio cometido por un cónyuge contra el otro. Pues bien, en la tentativa el agente comienza la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo. Comprende tanto el desistimiento voluntario como el arrepentimiento activo, aunque no la tentativa inidonea. El autor principal puede ser el cónyuge, el cómplice o el instigador.

C. Atentado contra la vida del cónyuge. Proviene del verbo *atentar* que es sinónimo de atacar, agredir e intentar. En sentido amplio, expresa Holgado Valer, que el atentado "es el acto intencional que realiza un cónyuge contra el otro con el propósito de privarle la vida o de causarle un grave daño físico"⁶⁸. En sentido restringido, es el acto consciente y deliberado de suprimir la vida del otro cónyuge, sin llegar a consumarlo.

Es más, la acción de divorcio por causal de violencia física o psicológica caduca a los seis meses de producida la causa, en todo caso, a los cinco años. En la primera situación la acción se extingue por no haber accionado dentro de los seis meses de ejecutada la violencia y en la segunda, cuando instaurada la acción no se pronuncia sentencia definitiva en el lapso de cinco años.

Es más, la acción de divorcio por causal de violencia física o psicológica caduca a los seis meses de producida la causa, en todo caso, a los cinco años. En la primera situación la acción se extingue por no haber accionado dentro de los seis meses de ejecutada la violencia y en la segunda, cuando instaurada la acción no se pronuncia sentencia definitiva en el lapso de cinco años.

los certificados médicos por sí solos acreditan la autoría, sino únicamente el daño material o moral, exigiéndose entonces declaraciones de parte en las cuales se reconozca o se deduzca que el agresor es el cónyuge, declaraciones testimoniales que den razón suficiente de sus dichos, pericias psicológicas o psiquiátricas. Tienen relevancia los procesos penales por faltas contra la vida, el cuerpo y la salud o por delito de lesiones que terminen condenando al consorte agresor.

quien está obligado a cuidar su vida y con quien ya no es posible seguir cohabitando.

Sobre el elemento objetivo debe decirse que está formado por actos materiales que ponen en peligro la vida de uno de los cónyuges como son la tentativa de homicidio y las lesiones graves, donde las lesiones simples o leves no constituyen atentado, por tanto no dan mérito al divorcio. En cambio, el elemento subjetivo está constituido por la intención o el propósito de privar la vida del otro cónyuge, de modo tal, que las simples amenazas por atrevidas y violentas que sean, tampoco constituyen atentado. Es más, no quita al atentado su calidad de tal, cuando se haya producido en estado de ebriedad o bajo los efectos de una gran excitación.

Para que pueda establecerse el atentado como causal es menester que el evento haya sido determinado por acción directa y personal del otro cónyuge. La contribución del cómplice debe coadyuvar o prestar asistencia de manera intencional. El instigador también debe actuar intencionalmente determinando en el instigado su conciencia y voluntad. El encubrimiento a diferencia de los anteriores no genera mayores repercusiones en esta causal ya que su intervención es posterior al evento delictivo.

La tentativa de homicidio está severamente reprimida por las leyes penales, pero como causal de divorcio se exigen los requisitos que a continuación se indican: a) Que un cónyuge atente contra la vida del otro. b) Que se ponga en peligro la vida de ese cónyuge. c) Que constituya una grave ofensa para el agraviado. d) Que no se fundamente en hecho propio.

Si bien es cierto que pueden utilizarse todos los medios probatorios que la ley procesal franquea, sin embargo la prueba idónea es la copia certificada de la sentencia condenatoria recaída en el correspondiente proceso penal en el que se halla glosado el peritaje médico legal.

Por último, la acción de divorcio por la causal de atentado contra la vida del cónyuge caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida ésta, en la forma expuesta para el caso de la sevicia. El término de caducidad empieza a computarse a partir de la fecha en que queda consentida o ejecutoriada la resolución penal que pone fin al proceso.

D. Injuria grave.- Etimológicamente proviene del término latino *injuria* que significa lo injusto o hechos sin derecho, agravio o ultraje con

el fin de deshonrar. Llamado también 'sevicia moral', que para Carrara consiste "en cualquier hecho mediante el cual se manifiesta en una ofensa al honor, a la reputación o al decoro de una persona"⁶⁹. En cambio, Piantol y Ripert afirman que la injuria es una noción moral de contornos inciertos y que es susceptible de aplicarse a actos muy diversos, ensanchándose al infinito las causas del divorcio.

Entonces, la injuria grave es una causa directa, inculpatoria y facultativa que puede ocasionar el divorcio, consiste en la ofensa grave a la personalidad, los sentimientos y la dignidad del otro cónyuge que implica violación de los deberes recíprocos nacidos del matrimonio. Es un acto u omisión ofensivos e inexcusables que afectan a la personalidad, los sentimientos, el honor y la dignidad del otro cónyuge que impide dar lugar al divorcio por injuria, ésta debe importar una ofensa inexcusable, un menosprescio profundo, un ultraje humillante que imposibilite la vida en común.

Se funda, esta causa, en el quebrantamiento de una de las obligaciones que nacen del matrimonio como es el deber de asistencia y el respeto por la personalidad, los sentimientos y el honor del otro cónyuge, así como en el hecho de que no es posible la vida en común supeditada a las humillaciones, intemperancias y caprichos del otro que en el fondo significan un menosprescio profundo.

Con respecto al elemento objetivo, debe decirse, que está formado por un conjunto de hechos ultrajantes a la personalidad y dignidad del otro cónyuge, en ese sentido, constituyen injuria grave: las palabras ofensivas e hirientes (verbales o escritas), el ultraje físico producido en público (una bofetada), la imputación calumniosa de un delito, la negativa injustificada de cumplir con el débito sexual, la negativa de celebrar matrimonio religioso si se hubiera prometido, el incumplimiento de los deberes de asistencia y auxilio, la abstinencia sexual, la fundación o esterilización no consentida, etc. De ese modo, la injuria involucra a una serie de actos, donde las variaciones o posibilidades de afectar la personalidad, dignidad y sentimientos de una persona son múltiples lo que la jurisprudencia se ha encargado de regular en cada caso, siendo la publicidad un elemento importante cuando se trata de un ultraje verbal o escrito.

⁶⁹ FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. Lima: Cultural Guzco, 1981. Tomo II, p. 92.

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

Los requisitos para promover una acción de esta naturaleza por causal de injuria grave son: a) Que exista una ofensa grave causada por un cónyuge contra el otro. b) Que dichas ofensas sean reiteradas o permanentes⁷⁰. c) Que el ultraje signifique un menoscabo profundo por el otro cónyuge. d) Que la vida en común sea insostenible y que no se fundamente en hecho propio.

Ahora bien, la injuria grave puede constituir un delito contra el honor, sancionado por la ley penal, pero como causa de divorcio es facultativa, pues, los juzgadores tienen un amplísimo poder para valorarla, teniendo en cuenta la educación, costumbres y la conducta de ambos cónyuges, aclarando que el Tribunal Constitucional no ha modificado el artículo 337 en la acción de inconstitucionalidad promovida contra esta causal como se tiene expuesto anteriormente.

Respecto de la prueba, ésta puede ser facilitada por cualquier medio de los medios probatorios contemplados por el Código adjetivo. La acción de divorcio por esta causa es susceptible de caducidad, vale decir, que se pierde la oportunidad para su ejercicio si hubiera transcurrido más de seis meses desde que se produjo la causa.

E. Abandono injustificado de la casa conyugal.- El abandono, es la dejación, abjuración o deserción unilateral de uno de los cónyuges del hogar conyugal sin motivo justificado. Entonces se trata de otra causa directa, inculpatoria y perentoria que genera el divorcio, consiste en el alejamiento de la casa conyugal o en el rehusamiento de volver a ella por uno de los cónyuges en forma injustificada y con el propósito

70 Las injurias graves para que se configuren como causal de divorcio no requieren de reiterancia, en principio, porque el Código no lo exige y, además, porque para afectar gravemente el honor de una persona no se requieren ofensas sucesivas. Casación Nº 01-99 Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

de sustraerse al cumplimiento de sus deberes conyugales y paternofiliales, por el tiempo establecido en la ley.

Esta causa, halla su base, en una grave intracción del deber de hacer vida en común en el domicilio conyugal, que consiste en la deserción de uno de los cónyuges, del lugar donde se desarrolla la vida en común de los consortes y, también, en la intención de sustraerse al cumplimiento de sus deberes conyugales y familiares, violándose los deberes de cohabitación y de asistencia recíproca.

Para que se configure esta causa de divorcio es necesario la concurrencia de tres elementos, ellos son: a) El elemento material u objetivo, que está constituido por el apartamiento físico del cónyuge abandonado (alejamiento) y el rehusamiento de retornar a ella (negativa) conyugal ante el domicilio común, manifestado en el abandono de la casa; b) El subjetivo, que se expresa en la intención deliberada de uno de los cónyuges para poner fin a la comunidad de vida, de tal modo que el abandono deberá ser voluntario por lo que no incurre en esta causa el consorte que es arrojado de la casa común, porque el abandono debe ser contrario a la voluntad del inocente; se entiende que el abandonante al desertar de la casa conyugal lo hace también con el propósito de eximirse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales y de las paternofiliales. c) El temporal, determinado por el transcurso de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda de este plazo.

Debe distinguirse el abandono injustificado de la separación de hecho. En esta última, no existe cónyuge culpable ya que puede haberse generado dicha separación por acuerdo mutuo y también por voluntad unilateral, suponiéndose en tal situación la aquiescencia o conformidad al menos tácita del otro. En ese sentido, algunos autores sostienen que no abandona aquel que es arrojado de la casa conyugal ni podrá reclamarse el abandono quien maliciosamente dejó el hogar y que al retornar éste, ya no existe. Se entiende que el domicilio o casa conyugal debe estar realmente constituido, lo que resulta fundamental para que configure la causal, porque de lo contrario no podría darse el abandono.

Los requisitos para intentar la acción de divorcio por causal de abandono injustificado de la casa conyugal son: a) Que uno de los cónyuges haya abandonado unilateralmente la casa conyugal o renunciado volver a ella, esto es, el hecho material de abandono b) Que tal actitud sea injustificada con el propósito de romper la comunidad de

vida y de destruir la unidad conyugal. c) Que el abandono o rehusamiento se prolongue por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono excedan a este plazo. d) Que no se fundamente en hecho propio.

Respecto a la probanza del abandono se acredita por cualquiera de los medios probatorios contemplados en la ley procesal, especialmente, con el certificado de la denuncia policial por abandono de la casa conyugal y su respectiva investigación o, también, con la carta notarial dirigida al abandonante invitándolo a retornar a la casa conyugal.

Se advierte que el derecho y la acción no caducan, lo que significa que el abandonado puede interponer la acción encaminada a conseguir la disolución del nexo conyugal, en cualquier tiempo y mientras subsista el abandono o rehusamiento.

F: Conducta deshonrosa.- La conducta es el modo de proceder

que tiene una persona, la manera de regir su vida y sus acciones. Entonces, la conducta deshonrosa es el proceder incorrecto, indecente e inmoral por parte de uno o de ambos cónyuges a la vez, que están en oposición al orden público, la moral y las buenas costumbres.

En ese sentido la conducta deshonrosa es otra causa indirecta, inculpativa y facultativa que puede ocasionar el divorcio a consecuencia del comportamiento deshonroso, indecente e inmoral de uno de los cónyuges de modo habitual, que agrava al otro cónyuge y afecta la buena imagen, el honor y el respeto de la familia, condiciones en las cuales se hace insupportable la vida en común; también, esta causal a veces linda con lo ilícito, lo delictual y otros actos tipificados como delitos, por ejemplo, la estafa, el narcotráfico, el proxenetismo, la prostitución, etc.

Debe entenderse que esta causa se funda en el quebrantamiento de uno de los deberes éticos que supone la vida matrimonial y, también, en la deshonra que ocasiona uno de los esposos con su comportamiento, provocando una grave perturbación en las relaciones conyugales, familiares y sociales.

El elemento objetivo que configura esta causa se halla en el comportamiento deshonroso e inmoral de uno de los consortes que se manifiesta en una gama de hechos o situaciones que se presentan en la realidad como el juego habitual, la vagancia u ociosidad, la ebriedad habitual, la reiterada intinidad amorosa con persona distinta del cónyuge, el descuido del hogar, las salidas injustificadas sin autorización

del otro, el dedicarse al tráfico ilícito de drogas, etc. Este elemento es de suma importancia porque no basta la incorrección en la conducta de un cónyuge, sino que aquella debe producir sus efectos nocivos en el otro consorte, generando una afrenta permanente que torne intolerable la continuidad de una vida en común.

Tratándose del elemento subjetivo, la conducta deshonrosa consiste en actos que pueden ser intencionales o también no tener ese carácter, presumiéndose entonces el descuido y la negligencia. Este elemento sólo podrá ser considerado cuando sea intencional, así se desprende de la Ejecutoria suprema⁷¹, según la cual, "los actos de mera negligencia no configuran conducta deshonrosa".

Para intentar una acción de esta índole se requiere del cumplimiento de las siguientes condiciones: a) Que uno de los cónyuges haya incurrido en conducta deshonrosa. b) Que esa conducta sea habitual y permanente. c) Que se haga insostenible la vida en común. d) Que no se sustente en hecho propio. Debe tenerse presente que la expresión "que haga insostenible la vida en común" implica la continuación de la convivencia o su reanudación. En el primer supuesto, los cónyuges todavía cohabitan en un mismo domicilio conyugal y, en el segundo, el cónyuge le procura al otro desde fuera del hogar, deshonra y falta de consideración en su ámbito personal, profesional y social.

Con relación a la prueba los hechos pueden acreditarse por cualesquiera de los medios permitidos por la ley procesal, pero como se trata de una acción facultativa, el juez tiene amplitud para apreciar la conducta deshonrosa de los cónyuges. No obstante, el artículo 337 del Tribunal Constitucional al declarar fundada en parte la acción de inconstitucionalidad en el Expediente N° 018-96TC/I, manteniendo vigente el texto del articulado sólo en lo referente a la injuria grave.

La acción de divorcio por esta causa no caduca, lo cual significa que esta expedita mientras subsistan los hechos que lo motivaron.

G. Toxicomania.- La toxicomanía es una ciencia que trata del consumo habitual de sustancias que producen alteraciones de orden físico y trastornos mentales. Conocida a nivel clínico terapéutico como

⁷¹ Ejecutoria Suprema de 12.08.93, recaída en el Exp. 1556-92. Arequipa.

El consumo de sustancias psicoactivas porque ejercen su acción sobre el sistema nervioso central y que tienen capacidad para producir transacciones psíquicas.

Desde el punto de vista jurídico es una causa inculpatoria y peyorativa de divorcio que consiste en el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o sustancias que puedan generar toxicomanía, deteriorando gravemente la normalidad de la vida conyugal. La Ley 27495 ha variado el inciso 7° del artículo 333 del Código Civil, según la cual es causal de divorcio "el uso habitual e injustificado de sustancias alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347 del mismo cuerpo legal. Este artículo dispone que en caso de enfermedad mental de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda el deber de hacer vida en común.

Esta modificación, según Plácido⁷², resulta ser en primer lugar innecesaria, por cuanto en la calificación legal de la causal ya se descarta la ingestión por razones terapéuticas o por prescripción médica, así se exige que el uso sea habitual e injustificado. Esta opinión la compartimos plenamente.

El fundamento radica en el quebrantamiento de los deberes ético-morales que supone el matrimonio y, desde luego, en un principio eugenico, ya que el cónyuge no afectado corre el peligro de adquirir el divorcio por la secuela de daños materiales y morales que causa la toxicomanía en el otro consorte y la descendencia.

Para que se configure esta causa es necesario la confluencia de dos elementos, el primero denominado material u objetivo que se manifiesta en el consumo de drogas alucinógenas y otras que causan dependencia produciendo las llamadas 'sensaciones agradables', 'mundos artificiales' y 'parásitos indescritibles', todo lo que expresa más bien un vicio más no una necesidad terapéutica. Se trata según el autor mencionado, de una dependencia crónica a sustancias psicoactivas, como: a) Los estupefacientes (el opio y sus derivados conocidos como alcaloides narcóticos, la morfina, la heroína y la codeína; la coca y sus derivados). b) Los psicotrópicos (psicolépticos -hipnóticos o barbitúricos, sedativos ansiolíticos y neurolepticos; psicoanalepticos -antetamina; y, psicodislépticos -marhuana, LSD, mescalina,

psilosibina-). c) Los inhalantes volátiles. También está considerado alcoholismo. Están afectados por el vicio todas las personas que sumen estas drogas. En cambio, el elemento subjetivo, se manifiesta en el consumo habitual e injustificado de drogas y otras sustancias que causan dependencia, que al principio puede ser consciente y deliberado, pero después podría no interesar este elemento, lo que revela una actitud culposa o dolosa.

La acción de divorcio por esta causal exige el cumplimiento de los requisitos siguientes: a) Que uno de los cónyuges consuma drogas alucinógenas o que causen toxicomanía. b) Que su uso sea habitual e injustificado, con el objeto de obtener placer y sensaciones diversas. c) Que represente un peligro para el otro cónyuge y la prole. d) Que el consumo de drogas provoque trastornos de conducta en uno de los cónyuges que impiden obviamente la vida en común.

Esta causal se puede acreditar por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley adjetiva, pero, la prueba idónea es la pericia médica legal. La acción no caduca, por consiguiente, está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

H. Enfermedad grave de transmisión sexual.- El antecedente de esta causal se encuentra en la enfermedad venérea, palabra que deriva del término latino *venerari* que significa rendir culto a Dios, especialmente a Venus que representa no solamente la voluptuosidad, la gracia y la hermosura, sino también el principio de la fecundidad y de la generación, por consiguiente, es todo lo relativo a la sensualidad y los deleites carnales; no obstante se aplica a ese mal contagioso contractual generalmente por el trato sexual. Por virtud de la **Ley 27495** se modifica la causal estableciendo en su lugar la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, con lo que se amplía el ámbito de comprensión a otras enfermedades de tipo sexual.

Se trata, entonces, de otra causa indirecta, inculpatoria y perentoria que determina la disolución del vínculo matrimonial que consiste en la transmisión de una enfermedad grave, de origen y localización sexual, de contagio fácil y de serias consecuencias para la descendencia, contraída después de la celebración del casamiento.

El fundamento de esta causa se encuentra en la intracción de un principio eugénico, es decir el deber de los cónyuges de mantenerse sanos. De un lado, importa conducta inmoral el haber adquirido a base de relaciones íntimas con personas extrañas, una enfermedad grave

de transmisión sexual después de la celebración del matrimonio y, de otro, el peligro de contagio para su cónyuge y la posibilidad de engendrar una prole defectuosa y enferma. El principal fundamento⁷³ es la falta de justificación para seguir manteniendo un vínculo matrimonial en el cual es imposible el cumplimiento de obligaciones y deberes esenciales y que, por lo demás, ponen en riesgo la integridad y salud del otro cónyuge y de los hijos y, más aún, de la futura prole que está expuesta en un alto riesgo a la adquisición hereditaria o al contagio posterior del mal que aqueja a uno de sus progenitores.

Atendiendo al elemento objetivo, la causal está constituida por haber contraído uno de los cónyuges una enfermedad grave de transmisión sexual como la sífilis, la blenorragia, la gonorrea, el chancro blando, el linfogranuloma venéreo, el granuloma inguinal. En la actualidad, también se consideran a la tricomoniasis, la moniliasis, el herpes genital, la uretritis no gonocócica, el condiloma acuminado, la escabiasis o sarna genital, la tiña inguinal, la pediculosis pubis y, recientemente, se ha incluido el SIDA, todos ellos permanentes y de difícil curación. En cambio, el elemento subjetivo, supone una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuye la adquisición de una enfermedad grave de transmisión sexual después del matrimonio.

La norma si bien no distingue entre enfermedad contraída mediante trato sexual (coito) o por medio extrasexual (vacunación, extracción o transfusión de sangre), procede tal consideración por el sistema del divorcio sanción al que pertenece la causal, así la misma no se configurará si el contagio es producto de una relación sexual no consentida o por la transfusión de sangre contaminada.

La acción por esta causa requiere de las siguientes condiciones: a) Que uno de los cónyuges haya contraído una enfermedad grave de transmisión sexual. b) Que la haya contraído después de la celebración del matrimonio. c) Que se ponga en peligro la salud del cónyuge sano y de su descendencia. d) Que no se sustente en hecho propio y que se acredite la imputabilidad del consorte enfermo.

Con respecto a la prueba, las enfermedades graves de transmisión sexual pueden probarse por cualquiera de los medios probatorios señalados por el Código Civil; pero, la prueba idónea es el peritaje médico legal. Se trata de una causa perentoria, porque probado el mal, el juez necesariamente debe declarar fundada la acción.

Es más, la acción por esta causa no caduca, lo cual significa que puede promoverse en cualquier tiempo, siempre que subsista la causal. Las legislaciones modernas suelen incluir el delito de contagio venéreo o de enfermedades peligrosas o contagiosas para la salud de las personas consideradas como "daño para la salud", pero el Código Penal peruano no tipifica expresamente este delito, aún cuando es posible aplicar el artículo 289 del mismo cuerpo legal. Se trata entonces una innovación importante que introduce la Ley No. 27495.

1. Homosexualidad. - La palabra homosexual no deriva de la voz latina *homo* que significa hombre; sino, del prefijo griego *homos* que equivale a lo mismo, igualdad o semejanza. En ese sentido, indica a toda persona que tiene relación carnal con otra de su mismo sexo. Para otros, es la atracción erótica entre individuos del mismo sexo que puede ser congénita o adquirida, pero que revelan anormalidad endocrina o problemas de índole psicológica acrecentadas por una serie de factores sociológicos.

Luego, la homosexualidad es también otra causa indirecta inculpatoria y perentoria que genera la disolución del vínculo conyugal que consiste en el trato carnal que mantiene un cónyuge con persona de su mismo sexo, después de la celebración del matrimonio, por tanto, se trata de una perversión sobreviniente al casamiento que implica la inversión sexual, razón por la que no es posible una vida en común. La homosexualidad es considerada causa de divorcio sólo cuando es sobreviniente a la celebración del casamiento, pero si fuera de origen anterior o desconocida para el cónyuge perjudicado, lo procedente es accionar como invalidez.

El fundamento se encuentra en la violación de un deber de orden moral y del deber de fidelidad conyugal, porque dichas prácticas no sólo significan una perversión sexual, tendencias y prácticas anormales, sino también el menosprecio por el sexo del otro consorte, situación en la cual se hace imposible una plena comunidad de vida.

La homosexualidad sobreviniente es una causal introducida por la Comisión Revisora, innovación que no representa como algunos han sostenido una mayor apertura divorcista, porque en la práctica los tribunales ya la consideraban incurra dentro de otra causal: la conducta deshonrosa. Ahora bien, se llama homosexual al individuo que busca una pareja del mismo sexo tratando de lograr con él una satisfacción sexual. Esta práctica representa un problema de graves consecuencias a nivel familiar, ya que su aparición es motivo suficiente para demandar la dis-

acción del vínculo, porque sus efectos no sólo perjudican la vida interna de los cónyuges como pareja, sino que trascienden al ámbito social.

El elemento objetivo se manifiesta en el trato carnal que mantiene

un cónyuge con tercera persona de igual sexo. Se llama sodomía o pederastía cuando el acto carnal se realiza entre adultos o de éstos con niños en el último caso y; satirismo, lesbianismo o tribadismo cuando tal acto se practica entre mujeres. En cambio, el elemento subjetivo, supone una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se le atribuye la homosexualidad sobreviniente, sin embargo, para algunos autores no interesa, porque en estas prácticas puede mediar propósito o simplemente prescindirse de él.

La homosexualidad, además, puede ser activa y pasiva según los casos. Muchos invertidos son cínicos porque hablan con acento femenino, manifiestan cierto pudor, no tienen vergüenza si se desnudan en presencia de mujeres pero se sonrojan cuando son sorprendidos por varones, ocultan ingeniosamente sus órganos sexuales y los adaptan de acuerdo con sus intereses, son apasionados, celosos, etc. Existen, según Marañón, citado por Carmen Julia Cabello⁷⁴, cuatro variedades de manifestaciones homosexuales: a) Homosexualidad completa o duradera, que puede presentarse sin recato alguno o en cubierta por cierta pudibundez. b) Homosexualidad latente con manifestaciones episódicas. c) Homosexualidad profesional tal el caso de las rameras o prostitutas. d) Falsa homosexualidad, la de los neuróticos.

Para intentar una acción es indispensable el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que uno de los cónyuges sea homosexual. b) Que tal anomalía sea sobreviniente al matrimonio. c) Que implique menoscabo por el sexo del otro cónyuge. d) Que se haga inoportuna de la vida en común. Esta causa se acredita por cualquiera de los medios probatorios contemplados en el Código Procesal Civil, pero la acción es la pericia médica legal.

Por último, la acción de divorcio por homosexualidad sobreviniente caduca si no se la ejercita dentro de los seis meses de conocida la causa por el ofendido, en todo caso, a los cinco años de producida.

J. Condena judicial por delito doloso. Para Cornejo Chávez⁷⁵, "es la injuria grave que el delito de uno de los cónyuges infiere al otro y a la familia lo que puede impedir la convivencia normal".

⁷⁴ CABELLO, Carmen Julia. Ob. Cit. p. 261.

⁷⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit. Tomo I, p. 333.

K. Imposibilidad de hacer vida en común.- Denominado también incompatibilidad de caracteres, imposibilidad de cohabitación o desquicio matrimonial, matrimonio desquiciado o dislocado. Se trata

de producida ésta. La prueba idónea es la copia certificada de la sentencia condenatoria consentida y ejecutoriada, pero puede probarse también por cualquier otro medio probatorio tanto típicos como atípicos establecidos en el Código adjetivo. Sin duda, la acción caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años

de producido el delito doloso y no culposo. d) Que ese hecho afecte el honor del otro cónyuge y de la familia. Para que el delito doloso sea considerado como causa de divorcio requiere del cumplimiento de las siguientes condiciones: a) Que uno de los cónyuges haya sido condenado a pena privativa de libertad superior a dos años. b) Que la condena sea impuesta después de la celebración del matrimonio. c) Que la sentencia condenatoria sea por delito doloso y no culposo. d) Que ese hecho afecte el honor del otro cónyuge y de la familia.

El elemento objetivo está constituido por una conducta típica, antijurídica, culpable y que reúne las condiciones objetivas de punibilidad por la comisión de un ilícito penal sancionado por el ordenamiento jurídico penal, como por ejemplo haber cometido el delito de homicidio, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, etc.; en cambio, el elemento subjetivo, por la libre y consciente voluntad de cometer ese acto delictuoso sancionado por la ley penal que se manifiesta en una resolución judicial condenatoria.

Esta causa se funda en la violación de una obligación ético-moral que implica el matrimonio por el quebrantamiento de una norma positiva penal a cuya consecuencia se impone al cónyuge infractor una condena a pena privativa de libertad superior a dos años y que significa la deshonra por el hecho de la imposición de una pena a uno de los cónyuges debido a su conducta delictuosa asumida en forma consciente y deliberada, lo que ciertamente transgrede las normales relaciones conyugales.

Se trata, entonces, de otra causa indirecta, inculpatoria y perentoria que determina la disolución del vínculo matrimonial, que consiste en la imposición a uno de los cónyuges de una condena a pena privativa de libertad mayor de dos años por delito doloso, después de la celebración del casamiento. Se entiende que el cónyuge que conoció del delito antes de casarse no puede invocar esta causal que determina la destrucción del lazo nupcial.

de una nueva causal directa, inculpatoria y facultativa que puede ocasionar el divorcio, que consiste en una grave desarmonía familiar, con-dición en la cual no es posible hacer vida en común. Fue introducida por Ley N° 27495.

Según Manuel Alberto Torres Carrasco⁷⁶ se trata de un grave estado de quiebra en las relaciones internas matrimoniales, de tal manera que para ambos resulta imposible una convivencia estable y armoniosa, vale decir, que aquí es inviable la comunidad de vida, porque los cónyuges ya no mantienen una estable y equitativa relación familiar. En efecto, se advierte que en la pareja no existe armonía conyugal, ya que el amor, la pasión, la ayuda recíproca, la comprensión y la tolerancia han desaparecido totalmente.

En la doctrina se advierten tres orientaciones. Una primera, esta ma que se trata de una causal insuficientemente desarrollada, por eso Manuel Muro Rojo⁷⁷ expresa que se ha plasmado en la nueva ley una causal cuyo desarrollo teórico y doctrinario aún no ha logrado sentar las pautas y criterios básicos para hacerla legislativamente viable. Otra corriente, considera que se trata de una causa que determina el divorcio, ya que en esencia es parte del divorcio-quiebra que sustenta la idea de que el desquicio matrimonial imposibilita la finalidad principal del matrimonio, cual es, el establecimiento de una vida en común. Por último, una tercera posición, pregona que la imposibilidad de hacer una vida en común constituye una nueva causal inculpatoria, así Alex Plácido⁷⁸ afirma, que se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida común y quién los provocó, a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable e inocente según corresponda, por lo que deben exponerse en la demanda los hechos que, imputados al otro consorte, provocan la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común. Nosotros participamos de la primera posición, por su escaso desarrollo doctrinario y la dificultad en su probanza.

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y de Divorcio. Publicación Mensual de Gaceta Jurídica, T. 92. Lima: Julio 2001, p. 78.
MURO ROJO, Manuel. Divorcio al Alcance de Todos. En Actualidad Jurídica, publicación mensual de Gaceta Jurídica, T. 92. Lima: Julio, 2001, p. 6.
PLACIDO, Alex F. La Reforma del Régimen del Decaimiento y Disolución del Matrimonio. En Actualidad Jurídica, publicación mensual de Gaceta Jurídica, T. 93. Lima: Agosto, 2001, p. 13.

El fundamento de esta nueva causal se encuentra en la violación del deber de cohabitación y de la asistencia recíproca, que por mandato de la ley, los cónyuges están obligados a cumplir. Asevera, el mismo autor, que esta causal se sustenta en la falta de interés social en mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos.

Los elementos configurativos de la causal de incompatibilidad de personalidades, exige el elemento material u objetivo, que expresa una desarmonía conyugal grave y trascendente, pues no sólo se trata de una simple rencilla. Aquí no hay causal objetiva, no existe una imputación de conducta antijurídica a la que haya que sancionar, sin embargo, los hechos que pueden configurar esta causal, son: Los abusos de uno de los cónyuges contra el otro (no permitirle la entrada al hogar, internarlo innecesariamente en un sanatorio, etc.). Acciones judiciales infundadas (nulidad de matrimonio por impotencia del marido no probada, promoción infundada y maliciosa de un proceso de interdicción civil). Actitudes impropias de la condición de casado (ausencias periódicas sin ánimo de abandonar el hogar común, la ocultación del estado de casados, etc.).

También, las cuestiones patrimoniales (apoderamiento de los muebles del hogar, venta simulada de un bien social para sustraeirlo de la sociedad de gananciales). Cuestiones sexuales (prácticas sexuales antinaturales o aberrantes, imposición de prácticas anticoncepcionales contra la voluntad del otro, el propósito reiterado de abortar, el ocultamiento de la esterilización practicada después del matrimonio. Relaciones con parientes (llevar al otro consorte a vivir a la casa de su familia donde se le hace la vida insupportable o no se le da el lugar que le corresponde, exclusión del hogar del hijo de uno de los cónyuges por acción del otro, etc.).

En contraste, el elemento psíquico, consiste en la intención de no hacer vida en común, ello supone que uno o ambos cónyuges no pueden compatibilizar sus caracteres, menos sus ideales, objetivos de vida y aspiraciones, así como tampoco lo pueden en cuanto a sus relaciones sentimentales, emocionales y sexuales. Afirma Belluscio que el notorio desquicio del hogar no constituye una causa autónoma de divorcio, pero sirve para corroborar alguna de las ya previstas.

La probanza de esta causal resulta difícil, desde que tiene que ser demostrada fehacientemente, ya que la ley establece que la imposibilidad de hacer vida en común será probada debidamente en un

proceso judicial. En efecto, todas las circunstancias descritas anteriormente, deben ser acreditadas por cualquiera de los medios probatorios contemplados en el Código Procesal Civil, debiendo el juzgador valorar la prueba aportada a fin de llegar al convencimiento de que el hecho comprobado efectivamente hace imposible continuar o reanudar la vida en común.

Esta causal no caduca por el transcurso del tiempo, toda vez que la ley no explicita el tiempo de caducidad y de ordinario puede intentarse aun cuando los cónyuges estén viviendo juntos o no bajo el mismo techo.

L. Separación de hecho.- Es otra causal introducida por Ley N°

27495, que ha tomado las designaciones siguientes: separación de hecho, separación fáctica y rompimiento de hecho. Según Plácido⁷⁹, es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno de los esposos. Para Manuel Alberto Torres Carrasco⁸⁰, consiste en la constatación fehaciente que debe hacer el juzgado a fin de acreditar que los cónyuges optaron en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de convivencia y de la vida en común.

Luego, se trata de una causal directa, no inculpatoria y perentoria que determina el divorcio, consiste en la interrupción del deber de vida en común sin previa decisión judicial ni propósito de renormalizar la vida conyugal de los esposos, entendiéndose que para los efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333, no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Se funda en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio, como es hacer vida en común en el domicilio conyugal, pues, se trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio. Esta causal se presenta como una fórmula

79 Idem, p. 16.
80 TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. La Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y de Divorcio. Publicación Mensual de Gaceta Jurídica. Tomo 92. Lima: Julio, 2001. p. 78.

necesaria para incorporar en nuestra sistemática la teoría del divorcio-remedio, impuesta por la propia realidad socio-económica y política que vive nuestro país. Las situaciones irregulares e ilegales que en la gran mayoría afectan la institución matrimonial, niegan su esencia al punto que las parejas han optado por una separación de hecho a falta de normativa específica que pueda legalizar el estado civil que les corresponde.

Esta causal ha planteado una serie de criterios a favor y en contra⁸¹, pero sus elementos configurativos según Alex Plácido⁸², son los siguientes: a) Objetivo o material, consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia, sin solución de con-

⁸¹ VARSÍ ROSPILIOSI, Enrique. Las Nuevas Causales de Divorcio en el Derecho Comparado. En Normas Legales. Tomo 280. Lima: Setiembre, 1999.

a) En la separación de hecho no se cumple con uno de los elementos constitutivos del matrimonio: hacer vida común, por tanto, no es dable mantener jurídicamente un matrimonio en el que no existe la convivencia.

b) No se pretende promover el divorcio, sino más bien solucionar un problema existente que impide cumplir la finalidad del matrimonio (Daniel Estrada Pérez).

c) Se entiende como dirigida a solucionar "en vía de regularización" la incertidumbre de numerosos matrimonios quebrados por el transcurso del tiempo.

Contrariamente, los criterios que se mantienen en contra de esta causal que ocasiona el divorcio, son los siguientes:

a) La permisibilidad de la causal induciría a una fácil ruptura ante la aparición de los primeros problemas matrimoniales y en lugar de buscar el diálogo y la comprensión buscaría una solución personal de retiro del domicilio (Varsí Rospigliosi).

b) A nuestro parecer se ha plasmado en la nueva ley una causal cuyo desarrollo teórico y doctrinario aún no ha logrado sentar las pautas y criterios básicos para hacerla legislativamente viable (Muro Rojo).

c) Desde el punto de vista práctico todo indica que se avicina el uso, aplicación o innovación abusiva de las nuevas causales, esperamos que no, pero con todo, éstas resultan una puerta abierta que sin querer pone a la separación de cuerpos y al divorcio al alcance de todos (Muro Rojo).

d) Se dejará las puertas abiertas para que los conyuges fácilmente abandonen el hogar de todos (Muro Rojo).

Esta situación conlleva a que se registren mayores casos de separaciones y de divorcios, y que también haya un mayor número de niños abandonados, madres que se quedarán solas con la carga familiar y, por ende, a que la familia sea inestable (Bambaren).

Asimismo, la defensa de los derechos de la mujer ha entablado un arduo debate en torno a incorporar esta causal, teniendo criterios contrapuestos para su permisibilidad. El criterio a favor alega que esta causa puede ser utilizada tanto por varones como por mujeres cuyos matrimonios han perdido la vocación y son meros formalismos vacíos de contenido. En cambio, el criterio en contra sustenta la idea de que la gran mayoría de conyuges abandonados son mujeres, facilitándose al varón la posibilidad de un divorcio basado en hecho propio.

⁸² PLACIDO, Alex F. ¿Divorciados de Hecho?. Publicado en Legal Express. Publicación mensual de Gaceta Jurídica. Año 1/Nº3 Lima: Marzo, 2001. p. 8.

⁸³ Exp. 1152-98. Resolución de 02.07.98 Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima.

⁸⁴ Ejecutoria Suprema del 16.11.90, SPIJ, recaída en el Exp. 1270-89-Tacna.

que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal, sin que exista impedimento para que se configure la separación de hecho viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble incumpliendo la cohabitación. b) Subjetivo o psíquico: viene a ser la falta de voluntad para renormalizar la vida conyugal. Esto es, la ausencia de intención cierta de uno o ambos cónyuges para continuar cohabitando, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla; ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor, esto es, sin que una necesidad jurídica lo imponga. c) Temporal, ya que resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal, por eso se exige el transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, de cuatro, si los tuvieran. La permanencia en el tiempo de una separación de hecho es la demostración de una definitiva ruptura de la vida en común. En un fracaso del matrimonio que queda evidenciado de esta manera. Entonces, la fijación de un plazo legal tiene por objeto descartar la transitoriedad y otorgar un carácter definitivo a la separación de hecho. Resultaría injusto no permitir la invocación de inocencia para demostrar a salvo los derechos del cónyuge no culpable de la separación de hecho. En tal sentido, debe atenuarse el rigor objetivo de la causal, permitiendo que los cónyuges discutan sobre si alguno de ellos no dio motivo a la separación con el propósito de preservar los derechos del cónyuge inocente de la separación de cuerpos o del divorcio, sin perjuicio de que se admita la separación de hecho.

La separación de hecho supone la violación del deber de cohabitación, por eso se requiere probar la constitución del domicilio conyugal. Evidentemente la carga probatoria corresponde al demandante quien podrá acudir a cualquier medio de prueba admitido en la legislación procesal que permita crear convicción sobre la constitución del domicilio conyugal, advirtiendo que no es necesario que el alejamiento sea voluntario o provocado.

Por último debe dejarse establecido que esta causal no caduca por el transcurso del tiempo; consiguientemente, la demanda por esta causal puede interponerse en cualquier tiempo, debiendo tomar en cuenta las siguientes consideraciones: a) La no existencia de cohabitación. b) La separación de hecho unilateral. c) El tiempo de permanencia del estado de separados de facto y. d) La existencia o no de hijos para tomar en cuenta el supuesto de la causal.

de la separación de hecho, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.