

# UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

***“LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE COMO CAUSAL DE  
DIVORCIO, TRANSGREDE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES  
DEL SUPUESTO CÓNYUGE INFRACTOR”***

**Tesis para optar el título profesional de abogado**

**AUTOR:**

**BACH. HUGO RENATO TAPIA CASTAÑEDA**

**ASESOR:**

**DR. RUBÉN ALFREDO CRUZ VEGAS**



**Trujillo - Perú  
2017**

## **DEDICATORIA**

A Dios que siempre cuida de cada uno de nosotros durante todo el trayecto de nuestra vida.

A mis padres y a mis hermanos, quienes siempre estuvieron y seguirán conmigo en todo momento de mi vida.

## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento especial a mi asesor Dr. Rubén Cruz Vegas, quien me brindó su apoyo incondicional desde del inicio de la presente investigación; siendo uno de los pilares importantes para el desarrollo de la misma.

## **RESUMEN**

A través de la presente investigación, buscamos determinar si la causal de homosexualidad sobreviniente, establecida en el artículo 333° inciso 9), deviene en innecesaria. La afirmación descrita en las líneas anteriores, se basa en que hoy en día dicha causal no es empleada con frecuencia.

En ese sentido, consideramos pertinente que dicha causal sea desplazada, a fin de evitar que se transgreden derechos de carácter constitucional del supuesto cónyuge infractor, tales como: el derecho a la dignidad y el derecho a la identidad sexual-. En vista de ello consideramos que este tema es relevante para su debida investigación; toda vez que atentan contra los derechos que tiene el supuesto cónyuge infractor.

**ABSTRACT**

Through the present investigation, we seek to determine if the causal of supervening homosexuality, established in article 333 subsection 9, becomes unnecessary. The affirmation described in the previous lines, is based on the fact that today this causal is not used with frequency.

In that sense, we consider it pertinent that this cause be displaced, in order to avoid transgressing constitutional rights of the supposed offender spouse, such as: the right to dignity and the right to sexual identity. In view of this we consider that this issue is relevant to its due investigation; As they violate the rights of the alleged offending spouse.

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>DEDICATORIA</b>	i
<b>AGRADECIMIENTO</b>	ii
<b>RESUMEN</b>	iii
<b>ABSTRACT</b>	iv
<b>ÍNDICE</b>	v
<b>CAPÍTULO 1. Introducción</b>	<b>01</b>
1.1. Problema	01
1.1.1. Planteamiento del problema	01
1.1.2. Enunciado del problema	10
1.2. Hipótesis	10
1.2.1. Variables	11
1.3. Objetivos	11
1.3.1. Objetivo General	11
1.3.2. Objetivos Específicos	11
1.4. Justificación	11
<b>CAPÍTULO 2. Marco teórico</b>	<b>13</b>
2.1. Antecedentes	13
2.2. Bases Teóricas	15
2.3. Definición de términos	89
<b>CAPÍTULO 3. Metodológico</b>	<b>100</b>
3.1. Tipo de investigación	100
3.1.1. Por su finalidad	100
3.1.2. Por su profundidad	100
3.1.3. Por su naturaleza	100
3.2. Material de estudio	100
3.3. Recolección de datos	103
3.4. Análisis de datos	104
<b>CAPÍTULO 4. Resultados y Discusión</b>	<b>105</b>
<b>CAPÍTULO 5. Conclusiones</b>	<b>148</b>
5.1. Conclusiones	148
5.2. Recomendaciones	148
<b>Referencias bibliográficas</b>	<b>149</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>151</b>

## CAPÍTULO 1. Introducción

### 1.1. Problema

#### 1.1.1. Planteamiento del problema

La institución del divorcio, ha quedado plasmada en nuestro código civil en el título IV del libro III. En ese orden de ideas, respecto al divorcio, urge indicar que a nivel de la doctrina se ha señalado a que esta institución:

*“...consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos extenso, obtienen la declaración de que su matrimonio hay de que pueden, en consecuencia, contraer otro”.* (CORNEJO CHÁVEZ, 1998, p. 379)

Por otro lado, el autor argentino CABANELLAS, señala sobre que el divorcio este:

*“...referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consorte. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos.”* (CABANELLAS, 2006, p. 291)

Nuestro código regula las causales de divorcio, las mismas que se encuentran establecidas en el artículo 333° del citado cuerpo normativo. Mediante dichos supuestos se dispone las causas o supuestos por las que se puede disolver la unión marital existente entre los cónyuges. En vista de ello, procedemos a mencionar o indicar las causales establecidas en los textos civiles de 1852, 1936 y 1984 a fin de ilustrar el desarrollo de las causales de divorcio en nuestra legislación civil:

CÓDIGOS CIVILES			
	1852 (Art. 192)	1936 (Art. 247)	1984 (Art. 333)
INC. 1)	El adulterio de la mujer	El adulterio	El adulterio
INC. 2)	El concubinato ó la incontinencia pública del marido	La sevicia	La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
INC. 3)	La sevicia ó trato cruel	El atentado contra la vida del cónyuge	El atentado contra la vida del cónyuge
INC. 4)	Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro	La injuria grave	La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
INC. 5)	El odio capital de alguno de ellos, manifestando por frecuentes riñas graves, o por graves injurias repetidas	El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos	El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
INC. 6)	Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad	La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común	La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
INC. 7)	Negar el marido los alimentos a la mujer	El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes	El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
INC. 8)	Negar la mujer, sin graves y justas causas a seguir a su marido	La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio	La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
INC. 9)	Abandonar la casa común, o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales	La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio	La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
INC. 10)	La ausencia sin justa causa por más de cinco años	El mutuo disenso, con arreglo a las disposiciones del título tercero.	La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
INC. 11)	La locura ó furor permanente que haga peligrosa la cohabitación	----	La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
INC. 12)	Una enfermedad crónica contagiosa	----	La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.
INC. 13)	La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.	----	La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio

En base al cuadro anterior, podemos apreciar que no existen innovaciones en la redacción original del Código de 1984. Sin embargo, esta institución ha venido sufriendo una serie de modificaciones, siendo la más relevante la dispuesta por la Ley N° 27495, que inserta la causal de imposibilidad de hacer vida en común (inc. 11 del art. 333° del CC.) y el divorcio por separación de hecho (inc. 12 del art. 333° del CC).

De lo expuesto en el párrafo anterior, la institución divorcio dejó de tener un carácter de castigo o culpa para tener causales que permitan remedir la situación incómoda que



viven los cónyuges. Es por ello, que nuestra legislación civil cuenta con un sistema divorcistas mixto; toda vez que nuestro Código Civil de 1984 acoge dos tipos de divorcio: *el divorcio sanción*, el cual se establece cuando uno de los cónyuges viola uno de los deberes del matrimonio, por esta razón, la acción la interpone el cónyuge que no viola dichos deberes. El vínculo se disuelve al declarar o no la culpabilidad del cónyuge que fue acusado por determinada violación a los deberes matrimoniales. Mientras que el segundo, es el *divorcio remedio*, el cual alude el cónyuge culpable, el vínculo se disuelve sin culpar a ninguno de los cónyuges se trata de un divorcio como reconocimiento legal de la ruptura del vínculo. Se concreta cuando existe una confirmación de la ruptura matrimonial, se establecen algunas causales de separación de hecho o judicial y después de un tiempo se decreta el divorcio.

Cabe indicar que nuestro sistema divorcista es un sistema complejo, por cuanto contempla causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del “divorcio-sanción) (artículo 333°, incisos 1 al 11 del Código Civil), con la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y, otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconvenzional; y, también, causales no inculpatorias de la separación de hecho y del acuerdo de los cónyuges, del sistema del “divorcio-remedio” (artículo 333, incisos 12 y 13 del Código Civil), con la consecuencia que cualquiera de los cónyuges está legitimado para demandar al otro. Evidenciándose, también, en los efectos personales y patrimoniales, cuando se extienden los del divorcio-sanción a quienes acuden a las causales no inculpatorias, atenuando el rigor objetivo del sistema de divorcio-remedio.

De otro lado, se aprecia que en el cuadro anterior, que nuestro código civil vigente, al igual que su predecesor, adolece la falta de convicción en la redacción de dicha institución. Ello puede ser constatado en la exposición de motivos del Código vigente

en el cual el Dr. Héctor Cornejo Chávez, dejó constancia expresa de su posición contraria al divorcio. En consecuencia, no plantea innovación. En ese sentido, gran parte de la regulación de 1936 (el cual fue influencia por el *code* de 1852) pasó a nuestro actual Código (CALISAYA, 2016, p. 218).

Asimismo, urge precisar que la mayoría de las causales, se encontraron originariamente en el código civil de 1852; el mismo que influyó en la redacción del código civil de 1936. De esta manera, se adoptaron causales que para ambas realidades se presentaban. No obstante, a partir de la promulgación del código civil de 1984 se viene presentando una serie de innovaciones (tecnológicas, legislativas y jurisprudenciales) que repercuten en el Derecho de Familia.

En ese orden de ideas, apreciamos que existen causales, pertenecientes al sistema de divorcio sanción, que devienen en innecesarios ya que su empleo no es muy frecuente. Así pues, dentro de dichas causales consideramos que la homosexualidad sobreviniente, prescrita en el numeral 9) del artículo 333° del texto civil vigente. Sobre la homosexualidad (del griego *homo* “igual”, y del latín *sexus* “sexo”) debemos indicar que esta: “*es una orientación sexual y se define como la interacción o atracción sexual, afectiva, emocional y sentimental hacia individuos del mismo sexo*” (AA.VV., 2013, p. 235).

Etimológicamente, la palabra homosexual es un híbrido del griego *homós* (que en realidad significa “igual” y no, como podría creerse, derivado del sustantivo latino *homo*, “hombre”) y del adjetivo latino *sexuales*, lo que sugiere una relación sentimental y sexual entre personas del mismo sexo (AA.VV., 2013, p. 235).

De otro lado, resulta menester indicar que la homosexualidad se caracteriza porque el individuo siente atracción sexual por otra persona de su mismo sexo, por lo que puede ser masculina o femenina (lesbianismo) (PLACIDO & CABELLO, 2003, p. 521)

Desde la óptica del derecho comparado, la homosexualidad es contemplada de diversas maneras por los diferentes ordenamientos jurídicos: como primera diferencia, existen países donde el comportamiento homosexual está penado y otros donde no lo está. Partiendo de esta base se puede hacer la siguiente clasificación:

a) *PAÍSES DONDE LA HOMOSEXUALIDAD ES LEGAL:*

Generalmente los gobiernos trabajan con el objetivo de reducir la homofobia de la sociedad y otorgar nuevos derechos, siendo el mayor de ellos el matrimonio homosexual y la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten menores (caso de España). Entre los derechos también se encuentran, además del matrimonio y la adopción, las uniones civiles u otro tipo de reconocimiento de estas uniones.

b) *PAÍSES DONDE LA HOMOSEXUALIDAD ES ILEGAL:*

Esta se castiga con penas que pueden llegar a la pena de muerte (caso de Irán y de Arabia Saudita), o por lo menos con sanciones económicas o la cárcel.

Como ya lo señalamos en párrafos anteriores, nuestra legislación nacional regula esta causal en inciso noveno del artículo 333° de nuestro código civil. A través de dicha causal uno de los cónyuges que se vea seriamente afectado por las preferencias sexuales de su consorte hacia otra persona del mismo sexo, puede solicitar la separación y posterior divorcio. De otro lado, urge indicar que, sobre esta materia, no debe perderse de vista que la causa legal no se configura solamente con la probanza de la conducta homosexual en el campo sexual, como el practicar el coito anal,

friccionar el pene entre los muslos de la pareja, la masturbación recíproca y el contacto orogenital. Ello es así, por las diferentes variantes que puede adoptar esta variación de la sexualidad (PLACIDO & CABELLO, 2003, p. 521).

En lo que respecta a las variantes mencionadas en la parte in fine del párrafo anterior, es menester señalar que estas variantes pueden ser: la *bisexualidad*, referida a individuos que sienten atracción sexual hacia ambos sexos; el *travestismo*, que se caracteriza porque el individuo experimenta una necesidad compulsiva de vestirse con ropa del otro sexo; y, el *transexualismo*, en el que existe pérdida de la identidad de género, el individuo siente que se encuentra dentro de un cuerpo del otro sexo, por lo que se comporta y viste de acuerdo al sexo que quiere tener, sometiéndose a tratamiento hormonal y quirúrgico para obtener un cuerpo adecuado a su identidad sexual (PLACIDO & CABELLO, 2003, p. 521).

En ese orden de ideas, la doctrina especializada considera que para intentar una acción resulta indispensable el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que uno de los cónyuges sea homosexual.
- b) Que tal anormalidad sea sobreviniente al matrimonio.
- c) Que implique menosprecio por el sexo del otro cónyuge.
- d) Que se haga insoportable la vida en común.

Adicionalmente a lo acotado en las líneas anteriores, se señala que esta causal queda acreditada por cualquiera de los medios probatorios contemplados en el Código Procesal Civil. No obstante, un sector mayoritario de la doctrina, considera que la prueba idónea es la pericia médico legal (PERALTA, 2002, p. 324).

Ahora bien, la doctrina especializada indica los elementos que existe en dicha causal; así tenemos el *elemento objetivo*, el cual se manifiesta en el trato carnal que mantiene un cónyuge con tercera persona de igual sexo. Se llama sodomía o pederastia cuando el acto carnal se realiza entre adultos o de éstos con niños en el último caso y; safismo, lesbianismo o tribadismo cuando tal acto se practica entre mujeres. En cambio, *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.

Habiendo señala las principales características y nociones de la homosexualidad sobreviniente; procederemos a manifestarnos respecto a sus antecedentes legislativos. Así, de una revisión del artículo 192° del código civil de 1852 y 247° del código civil de 1936; resulta evidente que esta figura ha sido introducida por la comisión revisora del Código Civil de 1984. Sin embargo, se aprecia que esta supuesta *innovación*:

*“(...) no representa como algunos han sostenido una mayor apertura divorcista, porque en la práctica los tribunales ya la consideraban incurso dentro de otra causal: la conducta deshonrosa”.* (PERALTA, 2002, p. 324)

A lo expuesto en la glosa anterior, urge señalar lo indicado por ARIAS SCHREIBER PEZET, quien en el libro *“Exegesis del Código Civil de 1984: Derecho de familia”* señala sobre dicha causal:

*“Se añade una causal, la del inciso 9 referida a la homosexualidad sobreviniente. Esta inclusión ha dado pie a no pocas controversias. Se ha sostenido que podría estar comprendida en la causal del inciso 6 sobre “conducta deshonrosa” (...).”*  
(ARIAS SCHREIBER, 2002, p. 306)

Como podemos apreciar la causal en mención deviene en innecesaria, toda vez que nuestra realidad es muy distinta a la realidad y el contexto social y cultural que se vivía en el momento en que se redactó el código; más aún si tenemos en cuenta que esta causal -que es redundante- se encuentra incurso dentro de la causal de conducta deshonrosa. En ese sentido, consideramos pertinente que dicha causal sea desplazada, a fin de evitar que se transgreden derechos de carácter constitucional del supuesto cónyuge infractor, tales como: el derecho a la dignidad y el derecho a la identidad sexual.

Respecto al primero debemos indicar que el derecho a la dignidad consiste en que cada hombre debe ser respetado por su condición humana. En vista a ello, este derecho de carácter constitucional, se constituye como un derecho fundamental autónomo, y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). Se consolida entonces como verdadero derecho subjetivo.

Adicionalmente a lo señalado, la jurisprudencia constitucional de nuestro país señal lo siguiente:

*“[L]a dignidad de la persona humana se configura como un principio-derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. (...) Del mismo modo, es un principio informador para la configuración de nuevos derechos de rango constitucional y es el presupuesto de nuestro Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho.”* (Exp. N° 0042-2004-AI, 13/04/05, P, FJ. 32)

En lo que respecta al derecho a la intimidad sexual (también conocido como derecho a la privacidad sexual), debemos indicar que este derecho involucra el derecho a las decisiones y conductas individuales realizadas en el ámbito de la intimidad, siempre y cuando no interfieran en los derechos sexuales de los otros.

Asimismo, urge precisar que este derecho, se encuentra incluido en el derecho constitucional a la intimidad -el cual se encuentra prescrito en nuestra carta magna de 1993 en el inciso 7) del artículo 2º-, el cual es definido por nuestra jurisprudencia constitucional como:

*“[Respecto a la intimidad personal], la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social”.* (Exp. Nº 6712-2005-HC, 17/10/05, P, FJ. 39)

De otro lado, el mencionado derecho constitucional protege la realización efectiva de acciones derivadas exclusivamente del deseo íntimo, personal e indisponible por fuera de la esfera individual y que protege precisamente las consecuencias de las decisiones tomadas por los individuos en este campo.

Adicionalmente a lo señalado, es menester indicar que este derecho constitucional está soportado en la idea según la cual la evaluación de las consecuencias de las conductas sexuales cambia cuando éstas se han derivado de la propia elección; y ello, como se dijo, resulta de vital importancia, porque sin esta posibilidad no se cumplen las

expectativas propias y de otros respecto de la propia competencia para manejar nuestras vidas, nuestra sexualidad y nuestra identidad.

En efecto, si las conductas sexuales se amparan en el derecho a la intimidad sexual, cuyo ámbito de protección procura la realización efectiva de acciones derivadas exclusivamente del deseo íntimo, personal e indisponible por fuera de la esfera individual, entonces el principio fundante de la dignidad trae como consecuencia práctica el reconocimiento de una conciencia de la dignidad y una expresión de la dignidad.

Por lo expuesto, consideramos que estos derechos constitucionales ya mencionados y comentados brevemente en los párrafos precedentes, se encuentran transgredidos al consignar como causal a la homosexualidad sobreviniente. En vista de ello consideramos que este tema es relevante para su debida investigación; toda vez que atentan contra los derechos que tiene el supuesto cónyuge infractor.

### **1.1.2. Enunciado del problema**

*¿La homosexualidad sobreviniente como causal de divorcio, transgrede los derechos constitucionales del supuesto cónyuge infractor?*

## **1.2. Hipótesis**

*La homosexualidad sobreviniente como causal de divorcio, vulnera los derechos constitucionales a la dignidad y/o al derecho a la intimidad sexual del supuesto infractor, los cuales se encuentran prescritos en el artículo primero y el inciso séptimo del artículo 2° de la nuestra carta magna de 1993; al permitir que se ventilen cuestiones de carácter íntimo del supuesto cónyuge infractor ante las instancias judiciales pertinentes con la intención de lograr la disolución de la unión marital, lo cual traería como consecuencia la humillación*



*del demandado ante la sociedad, quebrantando de esta manera su derecho a la dignidad, tan solo por tener una opción sexual distinta.*

### **1.2.1. Variables**

#### **1.2.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE**

*La homosexualidad sobreviniente como causal de divorcio.*

#### **1.2.1.2. VARIABLE DEPENDIENTE**

*Transgresión de derechos constitucionales del supuesto cónyuge infractor.*

### **1.3. Objetivos**

#### **1.3.1. Objetivo General**

*Determinar de qué manera, la homosexualidad sobreviniente como causal de divorcio, transgrede los derechos constitucionales del supuesto cónyuge infractor.*

#### **1.3.2. Objetivos Específicos**

- Analizar el sistema de divorcio en la legislación civil vigente.
- Describir las principales características concernientes al divorcio.
- Indicar los principales derechos constitucionales que son transgredidos por la causal establecida en el inciso 9) del artículo 333° del Código Civil.

### **1.4. Justificación**

Consideramos pertinente el desarrollo de la presente investigación, debido a que es apreciable la existencia de causales, que devienen en innecesarios ya que su empleo no es muy frecuente. Así pues, dentro de dichas causales consideramos que la homosexualidad sobreviniente, prescrita en el numeral 9) del artículo 333° del texto civil vigente, deviene en

innecesaria, toda vez que nuestra realidad es muy distinta a la realidad y el contexto social y cultural que se vivía en el momento en que se redactó el código; más aún si tenemos en cuenta que esta causal -que es redundante- se encuentra incurso dentro de la causal de conducta deshonrosa.

En ese sentido, consideramos pertinente que dicha causal sea desplazada, a fin de evitar que se transgreden derechos de carácter constitucional del supuesto cónyuge infractor, tales como: el derecho a la dignidad y el derecho a la identidad sexual. Por lo expuesto, consideramos que estos derechos constitucionales se encuentran transgredidos al consignar como causal a la homosexualidad sobreviniente. En vista de ello consideramos que este tema es relevante para su debida investigación; toda vez que atentan contra los derechos que tiene el supuesto cónyuge infractor.

## CAPÍTULO 2. Marco teórico

### 2.1. Antecedentes

ESPINOLA LOZANO, Emily del pilar. (2015). *Efectos jurídicos de aplicar lo prescrito en el artículo 345°-A del código civil, en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho luego del tercer pleno casatorio civil*. Tesis para optar el título de abogado. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.

Las conclusiones más importantes a la que arribo la tesista son las siguientes:

- a) **PRIMERA:** Con la posición de la Corte Suprema en el Tercer Pleno Casatorio y en relación al análisis e interpretación realizada en las sentencias casatorias emitidas antes y después del pleno, se ha demostrado cuáles son los efectos de aplicar las reglas establecidas como precedentes judiciales vinculantes, cuyos resultados obtenidos han sido la aplicación del principio de socialización en los procesos de familia, esto es, a fin de evitar desigualdades entre las partes, así como el ejercicio de las facultades tuitivas que tiene el juez en los procesos de familia, lo cual genera como consecuencia la flexibilización de los principios y normas procesales, como son los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación en cuanto a las pretensiones. Así mismo, se ha obtenido como efecto jurídico, una mayor protección al cónyuge perjudicado y se ha determinado cuál es la naturaleza jurídica de la indemnización o la adjudicación de bienes, así como la forma de solicitarla ya sea expresamente en el petitorio o cuando el Juez pueda deducirla de la causa petendi.
  
- b) **TERCERA:** Con el fin de otorgar mayor protección al cónyuge más perjudicado con el divorcio por la causal de separación de hecho, y así como poder identificarlo, se ha determinado por medio de las sentencias casatorias después del Tercer Pleno Casatorio Civil, cuáles son los factores tomados en cuenta por los jueces supremos para su mejor

resolver, así he podido observar que tienen en cuenta circunstancias, como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad y mayores con discapacidad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

- c) **CUARTA:** Con la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil, se ha dejado en claro el carácter público de las normas del Derecho de Familia, lo cual como se ha podido observar en diversas sentencias casatorias, han permitido que los principios de congruencia, preclusión y eventualidad se flexibilicen, además de la ampliación del contenido de acumulación objetiva implícita. Sumado a este sistema publicístico que orienta el proceso civil, se ha podido precisar las facultades tuitivas al juez para resolver conflictos de familia.
- d) **QUINTA:** En consecuencia, del análisis e interpretación realizada en las sentencias casatorias emitidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema en mi Sub Capítulo III, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, se están aplicando de forma flexible, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en los procesos de familia, especialmente cuando se refiera a los niños adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como se ha podido observar en este tipo de procesos.

## 2.2. Bases Teóricas

### CAPITULO I ACERCA DEL DIVORCIO EN EL PERÚ

#### 1. DEFINICIÓN

La palabra divorcio, etimológicamente deriva del termino latino *divortium*, que a su vez proviene del verbo *divertiere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado. Otros, aseveran a su vez, que procede de *divorto* o *divertís* que equivale a separarse, disgregarse (PERALTA, 2002, p. 305).

Por su parte, **ESTRADA CRUZ** , citado por **PERALTA**, el divorcio consiste:

*“...es la ruptura total y definitiva del vinculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges”*  
(PERALTA, 2002, p. 305).

**RIPERT & BOULANGER** (1965, p. 335), aseveran que: *“el divorcio es el decaimiento absoluto del vínculo matrimonial. Es pues la ruptura de un matrimonio valido en la vida de los esposos”*. Mientras que **BRENES CORDOVA** (1974, p. 168)., dice: *“se llama divorcio a la disolución del matrimonio, por sentencia judicial, en virtud de ciertas causales ocurridas con posterioridad a la celebración del mismo”*

Mientras que **CORNEJO CHÁVEZ** indica que el Divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos extenso, obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, contraer otro. (Cornejo Chávez, 1998, p. 379)

## **2. DOCTRINAS JURÍDICAS AL DIVORCIO**

### **2.1. TESIS ANTIDIVORCISTA**

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

La doctrina de la iglesia católica considera al matrimonio como un sacramento. Se funda en el principio cristiano “lo que Dios unió, no lo separe el hombre”, en el Evangelio de San Marcos, Capítulo 10, versículos del 1 al 9, por cuanto destaca su carácter indisoluble, lo que supone que el matrimonio sólo concluye con la muerte; sin embargo, como se ha dicho, esta doctrina acepta sólo la separación de cuerpos por causas sumamente graves, pero no autoriza el divorcio con carácter definitivo (PERALTA, 2002, p. 306).

Es importante destacar lo señalado, ya que consideramos que en este punto radica uno de los problemas respecto de la aceptación del divorcio. Es por ello, que no se puede confundir el matrimonio religioso o canónico con el matrimonio civil: el primero puede ser considerado indisoluble por cuanto supuestamente, quien

une a los cónyuges es Dios; el segundo, sí debe ser susceptible de disolución, al menos en ciertos casos, ya que en principio dicho matrimonio surge en virtud de la ley; y además, como ya se ha expresado antes, no se puede pretender que todos los matrimonios sean eternos, aun cuando ello sería lo ideal.

Por otro lado, la doctrina sociológica, parte de la idea de que la familia es un presupuesto indispensable para la existencia de la sociedad, estimando al matrimonio como una institución que garantiza no sólo la existencia y permanencia del grupo familiar, sino también de la misma sociedad.

Además, pregona que el divorcio es una especie de cáncer que destruye no sólo el vínculo conyugal, sino también con él, a la familia como célula vital de la sociedad. Por consiguiente, ésta tiene derecho a defenderse desconociendo su existencia pues lo contrario significaría el reconocimiento jurídico de su propia destrucción, lo cual evidentemente significaría que lleve con sí la vía hacia su propia extinción.

La doctrina paterno-filial, sostiene que el divorcio es una institución perjudicial no sólo para el cónyuge inocente, sino también para los hijos, pues es sobre ellos que recaen los efectos y se evidencian los estragos de la frustración a la unidad familiar ansiada.

En ese sentido, para **LARSON** -citado por **PERALTA** (1996, p. 2555)-, si bien el divorcio atiende al interés de los cónyuges, coloca al culpable en la misma situación que al inocente en cuanto ambos quedarán libres para contraer nuevo

matrimonio. En cambio, Arturo Bass refiere que el divorcio incrementa los casos de locura, suicidio y criminalidad infantil, lo cual nos parece una exagerada e incongruente argumentación. Otra explicación de los antdivorcistas está referida a la desnaturalización de la monogamia, pues el divorcio, dicen, es el camino que conduce a la sociedad hacia el amor libre o a la poligamia encubierta, lo cual tampoco es cierto porque no existe una correlación de causa efecto entre las dos.

## **2.2. TESIS DIVORCISTA**

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

Por otro lado, muchos autores consideran al divorcio como un “mal necesario”, que se sustenta en las doctrinas siguientes: la del divorcio-repudio, la del divorcio-sanción y la del divorcio-remedio; agregando **VARSI ROSPIGLIOSI** (2004, p. 08), dos tipos más: el divorcio-quiebra y el divorcio-mutuo acuerdo.



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

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

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

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

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

de ejercicio de la patria potestad, la pérdida o restricción del derecho alimentario, la pérdida de la vocación hereditaria, etc.

Esta doctrina ha sido adoptada por la mayor parte de los códigos europeos como el de Francia, Italia, Portugal, Suiza, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Finlandia, etc. igualmente en los países del Common Law (Inglaterra y Estados Unidos), Canadá, Puerto Rico y la mayor parte de los países latinoamericanos, algunos de los cuales, van tras la doctrina del divorcio-remedio que se explicará más adelante.

Pero, también esta concepción ha sido cuestionada, pues **VELASCO LETELIER** -citado por **PERALTA** (1996, p. 256)- afirma que desde el punto de vista científico y psicológico, resulta imposible determinar que tal o cual comportamiento de uno de los cónyuges merezca un premio o una sanción, porque los mismos están marcados por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, sexuales, emocionales; y porque a menudo el alejamiento recíproco entre el marido y la mujer, es el resultado de un largo proceso de desavenencias, de incompatibilidades, de diferencias de apreciación, de desajustes sexuales y emocionales. De ahí que la sentencia que pronuncia el divorcio podría ser hasta un premio para el culpable y una sanción para el inocente.

En la doctrina divorcio-quiebra se busca una solución práctica frente a un problema concreto.

La doctrina del divorcio-mutuo acuerdo, se basa justamente en la extinción voluntaria del matrimonio.

Por último, la doctrina del divorcio-remedio, propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, el establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo con la esencia del matrimonio. Se estructura en:

- a) El principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente determinable, esto es, que no requiere de la tipificación de conductas culpables,
- b) La existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial (se deshecha así la determinación taxativa de causales)
- c) La consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible: el conflicto matrimonial.

Esta doctrina plantea una nueva concepción sobre el matrimonio, cuya permanencia no está sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales. Estima al matrimonio como la unión de un varón y una mujer con intención de hacer vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligarlos a mantenerse unidos, cuando dicha unión matrimonial ha fracasado. En esta forma, una pareja puede divorciarse, sólo cuando el juzgado haya comprobado que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, para los hijos y, con eso, también, para la sociedad.

La doctrina se fue afirmando después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en el campo socialista, tal ocurre actualmente en Polonia, Alemania, Rumania, República Checa, sin embargo, en países como Austria y Grecia se ha preferido seguir una doctrina intermedia.

### **2.3. POSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

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

Respecto de nuestro vigente Código Civil, **VARSÍ ROSPIGLIOSI** (2004, pp. 12 y 13) señala que se percibe una tendencia antdivorcista, debido a los siguientes elementos disuasivos para iniciar el proceso de divorcio:

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

### **3. EFECTOS JURÍDICOS**

#### **3.1. CON RELACIÓN A LOS CÓNYUGES**

Las consecuencias jurídicas que ocasiona el divorcio a los consortes son las siguientes:

1) **Disolución del vínculo matrimonial:** Consecuencia jurídica que reviste mayor gravedad, pues el divorcio destruye de forma definitiva el vínculo conyugal. Debemos precisar que la disolución definitiva del nexo conyugal no opera retroactivamente, sino para el futuro.

2) **Obligación alimentaria de los ex cónyuges:** Por regla general, con el divorcio cesa la obligación alimentaria entre los esposos; no obstante, ésta subsiste en los casos siguientes:

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignara una pensión alimentaria no mayor de la tercera parte de la renta de aquel (PERALTA, 2002, p. 332).

El ex cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimentaria y la entrega del capital correspondiente. También, el indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio (PERALTA, 2002, p. 332).

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de

necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.

- 3) Reparación del daño moral: El daño moral no es más que el daño no patrimonial, el inferido en derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección o padecimiento que de la realidad económica. En consecuencia, el juez puede conceder al cónyuge perjudicado una suma de dinero a título de reparación del daño moral, siempre y cuando haya resultado afectado en sus bienes extrapatrimoniales como el honor.
- 4) Pérdida de gananciales: En virtud de lo dispuesto por el artículo 352, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que proceden de los bienes del otro, desde la celebración del matrimonio y no precisamente a partir de la fecha en que se realiza el hecho ilícito que le es imputado y que posteriormente determinará el divorcio. El carácter punitivo de esta norma encuentra su explicación en que no se justifica que el cónyuge culpable o causante del divorcio obtuviera o pretendiera obtener un beneficio o ganancia proveniente de los bienes del cónyuge inocente cuando no ha cumplido sus deberes dentro del matrimonio (PERALTA, 2002, p. 333).
- 5) Pérdida de derecho hereditarios: Consiste en que los cónyuges pierden el derecho de sucederse entre sí, lo cual opera de pleno derecho, pues resulta innecesario que lo declare el órgano jurisdiccional. Se basa en el hecho de que la vocación hereditaria surge del parentesco o de la unión conyugal, pero

en el último caso, el divorcio lo destruye de forma definitiva, por lo que resulta imposible la sucesión testada ni la intestada.

- 6) Cesación de llevar el apellido del marido: La ley dispone que la mujer tiene derecho de llevar el apellido del esposo agregado al suyo y a mantenerlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Sin embargo, este derecho, cesa en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. En el caso de la separación de cuerpos, la cónyuge mantiene tal derecho, pero, en caso de litigio judicial lo resuelve el magistrado.
- 7) Afinidad colateral: Del mismo modo la ley establece que el matrimonio genera parentesco de afinidad. De esta manera, cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. Cabe precisar que la afinidad en la línea recta no acaba por la disolución del matrimonio, así como subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge, lo que significa que termina el parentesco de afinidad colateral en los demás grados (PERALTA, 2002, p. 334).

### **3.2. CON RELACIÓN A LOS HIJOS**

En lo que respecta a los efectos jurídicos que genera el divorcio, en cuanto a la descendencia son los siguientes:

- 1) Ejercicio de la patria potestad: La disolución del vínculo matrimonial, conlleva a los padres la necesidad de velar en lo posible por el bienestar de los hijos, por cuya razón la ley establece dos casos:

En el primer caso, si uno de los cónyuges es culpable, los hijos se confían al cónyuge que obtuvo el divorcio por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de los mismos que se encargue de todos o de alguno de ellos, al otro cónyuge, pero si hubiera motivos graves, el ejercicio de la patria potestad podrá encargarse a una tercera persona. Esta designación debe recaer especialmente en algunos de los abuelos, hermanos o tíos, por su orden (PERALTA, 2002, p. 334).

Luego, en el segundo caso, si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedaran a cargo del padre, las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años quedarán al cuidado e la madre, a no ser que el juez determine otra cosa (PERALTA, 2002, p. 334).

Entonces, el padre o la madre a quien se haya confiado los hijos, ejerce la patria potestad de éstos; mientras que el otro queda suspendido de tal ejercicio, pero lo reasumirá de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340°). Los artículos 419 y 420 norman que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo; sin embargo, en caso de disentimiento, resuelve el juez de Familia conforme al proceso sumarísimo. En caso de separación de cuerpos ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos; mientras tanto, el otro queda, suspendido en su ejercicio. No obstante ello el artículo 75, inciso g) del Código de los Niños y Adolescentes dispone que la patria potestad se suspende por separación o



divorcio de los padres o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 del Código Civil (PERALTA, 2002, p. 335).

- 2) Derecho alimentario: El magistrado se encuentra obligado a cuidar de que los padres divorciados cumplan con el derecho-deber de alimentar a sus menores hijos. Por tal razón, en la sentencia se deberá de indicar la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe sufragar a los hijos. Resulta necesario indicar que por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, según la situación o posibilidad de los padres o del obligado; pero si el alimentista es menor de edad, los alimentos -por disposición legal- comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. En todo caso los alimentos deben solicitarse expresamente (PERALTA, 2002, p. 335).

Adicionalmente a lo señalado líneas arriba, debemos indicar que los artículos 92 y 94 del Código de los Niños y Adolescentes, disponen que se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente, así como también los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

### **3.3. EFECTOS PARTICULARES DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

La reforma introducida por la Ley N° 27495 que adopta un sistema mixto y complejo, ya que establece causas subjetivas o inculporias, propias del sistema

de divorcio-sanción (incisos 1° al 11° del artículo 333°) y, también, causas objetivas o no inculatorias del sistema del divorcio-remedio (incisos 12° y 13° del artículo mencionado), ha generado otros efectos vinculados a este último sistema, los mismos son:

- 1) Fin de la sociedad de gananciales: Para las relaciones entre cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en los casos previstos en los incisos 5) y 12) del artículo 333°, la sociedad de gananciales fenecce desde el momento en que se produce la separación de hecho. En cambio, con respecto a terceros, el régimen de la sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente del registro personal (PERALTA, 2002, p. 336).

Acreditado el abandono injustificado de la casa conyugal o la de separación de hecho se produce el fenecimiento de la sociedad de gananciales desde la fecha probable en que se haya producido. De acuerdo con la Primera Disposición Complementaria y Transitoria establece que la presente ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes a su entrada en vigencia; en dichos casos la sociedad de gananciales fenecce a partir de la entrada en vigencia de esta ley.

- 2) Ejercicio de la patria potestad y derecho alimentario: Por disposición legal en caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija en la sentencia el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o del marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo

que ambos cónyuges acuerden. El artículo 3454 modificado por la Ley N° 27495 se refiere, en primer lugar, a la regulación judicial del ejercicio de la patria potestad, por lo tanto aplicables los numerales 340 y 341 del Código Civil y los artículos 75 y 76 del Código de los Niños y Adolescentes y, en segundo lugar, a la regulación judicial de los alimentos tanto para los hijos como para los esposos y, obviamente, que pueden ser aplicados los artículos 345-A y 350 del Código sustantivo, que contempla casos excepcionales de alimentos después del divorcio.

- 3) Indemnización de daños derivados del divorcio: Consiste en establecer si son reparables los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados al cónyuge inocente por el cónyuge culpable del divorcio. La tesis favorable a la reparación es mayoritaria, pues la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasione a otro un daño injusto, independiente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del Derecho de Familia dado el carácter autónomo del régimen de sanciones que determina el divorcio. La doctrina opuesta a la indemnización señala que la especialidad del Derecho de Familia hace imperativa sus normas y torna inadmisibles la aplicación de otras normas de Derecho privado, por lo que no habiendo ninguna norma expresa no considera admisible admitir este tipo de indemnización. La tesis intermedia pregonada la indemnización de equidad, según la cual, sólo si se dan todos y cada uno de los presupuestos de responsabilidad extracontractual cabrá otorgar una indemnización reparadora, lo que implica que no siempre que haya daño se hará lugar a la reparación.

El segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, dispone que el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenará la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independiente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Agrega que son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323°, 324°, 342°, 343°, 351° y 352°, en cuanto sean pertinentes. Refieren sucesivamente a la distribución de los gananciales, la pérdida de gananciales por separación de hecho, la determinación judicial de la pensión

## **CAPITULO II**

### **CAUSALES DE DIVORCIO ESTABLECIDA EN NUESTRO CÓDIGO**

#### **CIVIL**

#### **SUBCAPÍTULO I**

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ARTICULO 333° DE NUESTRO**

### **CÓDIGO CIVIL DE 1984**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

En el Código vigente no se producen modificaciones importantes en lo que se refiere a las causas de separación de cuerpos y divorcio. El artículo 333° del código civil reproduce pues, de modo prácticamente idéntico, las causales de divorcio que establecía el numeral 247 del Código Civil de 1936. Existe si una variación en cuanto a la sistemática, que encontramos acertada: el Código vigente trata en primer lugar la separación de cuerpos y sus causales, para posteriormente ocuparse del divorcio, remitiendo este último a las causales enumeradas para la separación (ARIAS, 2002, p. 304).

El Código derogado, en cambio, se ocupaba primero del divorcio y sus causales, y trataba después a la separación, remitiendo ésta a las causales de aquél.

En los apartados subsiguientes pasaremos a enunciar las únicas diferencias observadas en el texto de las causales de separación y divorcio:

## **2. INCISO N° 02 DEL ARTÍCULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

En el inciso 2 originalmente se reprodujo el término “sevicia” que ya contenía el Código derogado. Posteriormente, por Decreto Legislativo N° 768 se adoptó la expresión de “violencia, física o psicológica”, que nos parece más clara y apropiada. El cambio, además de semántico, determina una ampliación del concepto ya que la palabra “sevicia” usada anteriormente sólo aludía a la crueldad o violencia física, quedando la psicológica fuera de los alcances del inciso. Se ha extendido pues, acertadamente, la causal a todo maltrato o violencia, no solamente físicos, quedando al arbitrio del juez su apreciación (ARIAS, 2002, p. 305).

## **3. INCISO N° 05 DEL ARTÍCULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

El inciso 5 introduce dos novedades. En primer lugar, se modifica la expresión “abandono malicioso” que contenía el Código Civil de 1936, por la de “abandono injustificado”, concepto éste más amplio pues no entra a considerar las motivaciones internas de quien comete el abandono, lo cual es siempre subjetivo y difícil de precisar y probar (ARIAS, 2002, p. 305).

En segundo término, el inciso introduce una novedad acertada cual es la de considerar los periodos de abandono sean éstos continuos o no. En efecto, el Código derogado sólo contemplaba como causal el abandono por dos años continuos, mientras que el vigente contempla también la suma de periodos discontinuos. A decir de Cornejo Chávez, autor de la ponencia, el Código actual “ha cerrado el paso a la mala de fe del cónyuge que se reincorpora al hogar cada vez que van a cumplirse los dos años continuos”.

#### **4. INCISO N° 07 DEL ARTÍCULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

El inciso 7 introduce una precisión respecto al Código derogado, al expresa que la causal la constituye el uso de “drogadas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía”, mientras que anteriormente se empleaba la expresión de “sustancias estupefacientes”. Se trata de una modificación en la terminología para la que se contó con opiniones científicas (ARIAS, 2002, p. 306).

#### **5. INCISO N° 09 DEL ARTÍCULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

Se añade una causal, la del inciso 9 referida a la homosexualidad sobreviniente. Esta inclusión ha dado pie a no pocas controversias. *Se ha sostenido que podría estar comprendida en la causal del inciso 6 sobre “conducta deshonrosa”, aunque como hemos afirmado en la parte general, ello no parece cuestionable* (ARIAS, 2002, p. 306).

#### **6. INCISO N° 10 DEL ARTÍCULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

El inciso 10 introduce una acertada novedad, al precisar que la condena debe ser por delito “doloso”, pues se entiende que quien comete un delito culposo (por ejemplo, un accidente de tráfico), por más reprobable que sea la imprudencia, no puede equiparse a la mala fe (ARIAS, 2002, p. 306).

#### **7. INCISO N° 11 DEL ARTÍCULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

El inciso 11 incorpora la causal de imposibilidad de hacer vida en común. Conforme a los antecedentes que hemos tenido a la vista, esta causal presupone la incompatibilidad de caracteres que determina que los cónyuges no puedan llevar una

vida en común armoniosa y establece y que no haya entre ellos comprensión ni tolerancia sino que, por el contrario, el trato sea amargo y conflictivo, sin que desde luego alcance la violencia psicológica ni la injuria grave, que son otras causales ya contempladas originalmente en el comentado artículo 333.

Aunque la causal deberá ser debidamente acreditada por el juez, la doctrina no se encuentra conforme con ello pues excesivamente subjetiva y de difícil probanza, y no debería tener validez cuando fuese provocada para conducir al cónyuge inocente a verse forzado a utilizarla, lo cual conduciría al divorcio, favoreciendo así a quien lo provocó. Por lo tanto, según lo señala ARIAS (2002, p. 307), estaríamos en presencia del denominado “hecho propio”. En efecto, se prestaría a abusos pues bastaría con que el cónyuge que desee poner fin a su matrimonio sin esperar los plazos del abandono unilateral, le haga la vida imposible al otro cónyuge -actitudes machistas o feministas; dilapidación de fondos o, por el contrario, negar dinero para el mantenimiento del hogar, alegando razones falsas; llegar tarde al hogar, sin dar explicaciones; exigir dormir en cuartos distintos, sin motivación suficiente; desatenderse de las más elementales obligaciones que impone la vida en un hogar -y así podríamos dar muchos ejemplos más elementales obligaciones que impone la vida en un hogar – y así podríamos dar muchos ejemplos más, que lleven a la desesperación al cónyuge víctima de tales comportamientos y termine iniciando una acción de divorcio por imposibilidad de llevar vida en común. Claro está que si el juez deniega la demanda, el cónyuge inocente seguirá sufriendo los nocivos efectos de un matrimonio infeliz. Además de lo señalado, la doctrina manifestó que, si se diese esa circunstancia, el cónyuge inocente podría intentar una nueva acción, invocando esta vez la violencia psicológica (ARIAS, 2002, p. 307).



## **8. INCISO N° 12 DEL ARTÍCULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

El inciso 12 contempla la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo interrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 (ARIAS, 2002, p. 307).

La introducción de este inciso se ha producido luego de un arduo debate, pues fue combatido por las instituciones ligadas a la Iglesia Católica y por la misma Iglesia.

Previamente debe aclararse que esta causal de carácter unilateral, basada en el hecho propio, en nada altera la solidez del matrimonio religioso, el cual está debidamente cautelado por el artículo 360 del Código Civil, según el cual las disposiciones sobre divorcio y separación de cuerpos no se extiende más allá de sus efectos civiles y deja íntegros los deberes que la religión impone. Queda, pues, absolutamente claro que el problema directo es de orden civil. El matrimonio religioso es un sacramento y, como tal, es indisoluble, salvo causal de nulidad. Se ha dicho, empero, que esta nueva causal atenta contra la estabilidad familiar, que es, a su vez, la célula básica de la sociedad (ARIAS, 2002, p. 307).

Por cierto, que la separación unilateral que culmina con el divorcio luego de transcurrido el plazo de ley, determina una serie de consecuencias en beneficio del cónyuge inocente y sanciona al cónyuge tramposo, pues así lo ha establecido con toda claridad el artículo 445 del Código Civil, tal como ha sido modificado por el artículo 3 de la Ley N° 27495.

Debemos recalcar que el plazo de dos años de separación unilateral se alarga a cuatro años cuando existen hijos menores, lo cual se justifica por la necesidad de darles mayor protección a dichos hijos.

**9. INCISO N° 13 DEL ARTÍCULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

La expresión “mutuo disenso” originalmente adoptada por el inciso 13 de este artículo siguiendo la pauta del Código Civil de 1936, fue modificada por la de la “separación convencional” por el Decreto Legislativo N° 768 (ARIAS, 2002, p. 309).

## **SUBCAPÍTULO II**

### **COMENTARIO AL ARTICULO 333° DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL DE**

**1984**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

El matrimonio válido termina generalmente con la muerte física de uno o ambos cónyuges, por estar destinada a perdurar hasta ese instante. Pero su decaimiento y disolución puede ser anticipada. Situaciones de hecho determinadas adquieren relevancia jurídica para provocar esa anticipación (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 463).

La separación personal, que no disuelve el vínculo matrimonial, y el divorcio vincular constituyen situaciones que la ley prevé, frente al conflicto matrimonial.

La separación personal se limita a autorizar a los cónyuges a vivir separados sin que ninguno de ellos readquiera la aptitud nupcial, en tanto que tras el divorcio vincular los cónyuges pueden volver a contraer nuevo matrimonio (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 463).

Como soluciones que brinda la ley ante situaciones de conflicto matrimonial la separación personal y el divorcio vincular pueden aparecer como soluciones alternativas o autónomas, o, finalmente ser la separación de cuerpos una solución previa al divorcio vincular.

En el Derecho de Familia, al menos dentro de lo que podemos llamar la tradición liberal, se ha profundizado un carácter no autoritario de la legislación, que no se manifiesta sólo en la eliminación de las relaciones de subordinación entre los miembros del grupo familiar, sino también en la renuncia a imponer a los ciudadanos, diferentes en ideas y creencias, un modelo único de moral familiar, más allá de las estrictas exigencias del orden público. Es previsible, pues, que algunas personas estén dispuestas a separarse personalmente, pero no acepten inicialmente una petición de divorcio vincular. De ahí que se conserve la mera separación personal como alternativa posible, aunque la separación de cuerpos en cuanto impone un celibato a quienes ya han vivido en matrimonio, pueda convertirse en una situación poco frecuente.

Nuestro Código Civil, regula la separación de cuerpos y el divorcio en forma independiente, admitiendo la conversión de la separación personal en divorcio vincular; pero impone la separación de cuerpos como un paso previo y obligatorio al divorcio, cuando se invoca la causal de separación convencional.

## **2. EL SISTEMA DEL DERECHO PERUANO DE SEPARACIÓN PERSONAL Y DE DIVORCIO VINCULAR**

Nuestro Código Civil de 1984 -puesto de manifiesto más aún, con la reforma introducida por la Ley N° 27495- sigue un sistema mixto, en que caben diversas vías para obtener la separación personal y el divorcio vincular. Admite el mutuo consentimiento (separación convencional) únicamente para invocar la separación personal o de cuerpos, la que puede convertirse después en divorcio vincular; contempla causas de inculpação (incumplimientos graves o reiterados de los deberes

conyugales) de un cónyuge frente al otro, que pueden ser alegadas tanto para demandar la separación personal o de cuerpos, como el divorcio vincular, conjuntamente con causas no inculatorias (separación de hecho y separación convencional); y, permite el divorcio ulterior cuando se declara la separación de cuerpos por causas inculatorias (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 467).

Además, es un sistema complejo, por cuanto contempla causales subjetivas o inculatorias, propias del sistema del "divorcio-sanción" (artículo 333, incisos 1 al 11, del Código Civil), con la consecuencia de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente, sin perjuicio de la posible inculpación recíproca reconventional; y, también, causal es no inculatorias de la separación de hecho y del acuerdo de los cónyuges, del sistema del "divorcio remedio" (artículo 333, incisos 12 y 13, del Código Civil), con la consecuencia que cualquiera de los cónyuges está legitimado para demandar al otro (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 467).

Evidenciándose, también, en los efectos personales y patrimoniales, cuando se extienden los del divorcio-sanción a quienes acuden a las causales no inculatorias, atenuando el rigor objetivo del sistema de divorcio-remedio.

### **3. CAUSALES ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL**

#### **3.1. EL ADULTERIO**

Etimológicamente la palabra adulterio, proviene del latín *Adulterium*. Compuesto por dos voces latinas, ad, hacia y later, referido a otro, es decir ir hacia otro. Otros manifiestan que se tratan del termino latino *alterius* y *tours*, lecho de otro (PERALTA, 2002, p. 310).

De acuerdo a la doctrina especializada el deber de fidelidad surge del matrimonio. El Código declara como principio inflexible que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad, entendido el termino in extenso como la lealtad conyugal. Fidelidad se sinónimo de fe, buena conducta y entrega. Prima el decoro, el compromiso de abstenerse frente a cualquier acto comprometedor o lesivo contra la dignidad marital. Su fin es la relación monogámica en la que el débito conyugal es exclusivo para con el otro cónyuge excluyente de las demás personas (VARSI, 2011).

No todo trato infiel implica un adulterio. Este tiene dos componentes independientes en los que se estructura: i) la infidelidad, mantener una relación sexual coital con una persona que no es cónyuge, y ii) la paternidad disgregada, procreación del cónyuge fuera del matrimonio.

Estos componentes son individuales, no conjuntos. De ser conjuntos, el cónyuge esterilizado podría solicitar la improcedencia de la acción al incumplir con el segundo supuesto (la procreación), lo cual devendría en absurdo.

La doctrina más moderna señala que el adulterio es un acto que viola el deber de fidelidad que va de la mano con la función monógama asignada a las familias. En ese sentido, **VARSI** (2011) señala que es un concepto atado a la práctica exclusiva de las relaciones sexuales vaginales que viene dando pasos para abarcar conductas que violen el deber de lealtad, un corolario de la idea de confianza y mucho más amplio que el deber de fidelidad. En casi todos los Códigos el

adulterio se presenta como la primera causal de divorcio, sea por el mayor grado de afectación marital causada, o por su mayor recurrencia. Es que las violaciones del deber de fidelidad material se encuentran entre las conductas mas graves y trascendentales que infringe los deberes y obligaciones que surgen dentro de la relación jurídica en virtud del matrimonio.

### **3.2. LA VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA, QUE EL JUEZ APRECIARÁ SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS**

La violencia está referida a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro. La consideración de esta causal es independiente del juzgamiento que procedería realizar en sede penal por las lesiones sufridas, sea por configurarse un delito o una falta con la integridad o salud de la persona. (VARSI, 2011, p. 335)

La violencia psicológica está referida a los daños mentales, espirituales que se infligen a un cónyuge por la conducta de otro. El daño psíquico consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y de reconcomía magnitud. Este daño genera, por consiguiente, una alteración de la personalidad del cónyuge, de su manera de proyectarse en la familia y en sociedad.

Para la configuración de la causal debe determinarse los siguientes elementos:

- Violencia física o mental a nivel de crueldad.
- Intención y voluntad.
- Estar exentas de causa o motivo.

- Reiteradas, constantes, persistentes aunque, excepcionalmente y dependiendo del caso concreto, podría bastar una sola situación de violencia que se manifieste como intolerable para la subsistencia de la relación marital.

Su característica es que deja una huella, teniendo una calificación objetivo, se mide el efecto.

### **3.3. EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE**

Desde el punto de vista penal, la tentativa se caracteriza por el comienzo de ejecución de un delito. En este caso, se trata del intento de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro, sean o no comunes, y fuese el cónyuge el autor principal, cómplice o instigador (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 471).

Como la calificación de la tentativa por el juez del divorcio no está sujeta a previo juzgamiento en sede penal, se ha planteado la cuestión de determinar si los actos preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista penal, pueden ser considerados como tentativa a los efectos del divorcio. Se ha sostenido que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituya causal de divorcio.

En sentido contrario, se ha dicho que si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituiría el presupuesto de la causal que estudiamos, sin perjuicio de que los hechos configuren injuria grave (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 471).



### **3.4. LA INJURIA GRAVE, QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN**

Existen determinados supuestos específicos y graves que puede realizar el cónyuge que se encuadran dentro de la injuria grave o la conducta deshonrosa. Ambas situaciones no representan causales concretas, sino más bien estructuras legales que funciona como una especie de cajón de sastre las que han venido a constituir una categoría residual que permite flexibilizar la apreciación judicial, frente a comportamientos contrarios a los deberes conyugales no contemplados expresamente por la ley (VARSI, 2011, p. 338).

Grosso modo, injuria grave seria cualquier acto que implique una ofensa a la integridad moral del cónyuge. Cualquier acto que manche el honor, la buena reputación, la dignidad o una situación que cause vergüenza o humillación en su entorno familiar o social (VARSI, 2011, p. 338).

Los elementos que se deben de presentar para la configuración de esta causal son los siguientes:

- Forma clara y precisa de configuración, pudiendo estar dada en palabras, gestos, conductas, actitudes o hechos, por un actuar o una omisión. Su estructura es lo suficientemente amplia para acoger cualquier conducta contraria al respeto y el deber conyugal. Son expresiones difamatorias. La injuria se mide el acto de exteriorización contra el cónyuge; dicho de otro modo, el hecho más que la consecuencia, lo cual lo diferencia de la sevicia. (CAS. N° 2239-2001-LIMA)

- Grave, la gravedad es la conditio sine qua non de la injuria. Depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la victima que afecta su honor interno, es decir sus propios valores y virtudes. Es una ofensa inexcusable (Exp. N° 3179-97-LIMA)
- Intencionalidad de causar daño a la integridad moral, dignidad, honra y honor del cónyuge.
- Reiterancia en los agravios, aunque un simple acto puede ser injurioso. Un sector la jurisprudencia considera que no se requiere reiterancia, porque para afectar gravemente el honor de una persona no es necesario que existan ofensas sucesivas (CAS. N° 2239-2001-LIMA)
- Publicidad, los actos rebasan la intimidad del hogar siendo conocidos por terceras personas de forma que el daño sea de conocimiento público generando el deterioro de la imagen del cónyuge; no obstante, la publicidad no resulta determinante ya que la falta conyugal puede quedar en el interior del hogar.
- Puede ser inferida de un cónyuge a otro (injuria directa y personal) o perpetrada a un miembro de la familia de su cónyuge (injuria indirecta o interpósita)
- Imposibilidad de hacer vida en común. Tanto de continuarla, si es que conviven como de rehacerla, si es que están separados. Implican que la injuria torne impracticable la relación conyugal.

**3.5. EL ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL POR MÁS DE DOS AÑOS CONTINUOS O CUANDO LA DURACIÓN SUMADA DE LOS PERÍODOS DE ABANDONO EXCEDA A ESTE PLAZO.**

El abandono es al 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 de sustraerse al cumplimiento de sus deberes conyugales y paterno-filiales, por el tiempo establecido en la ley (PERALTA, 2002, pp. 317 -318).

Esta causa, halla su base, en una grave infracción 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 y objetivo, que está constituido por el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común, manifestado en el abandono de la casa conyugal (alejamiento) y el rehusamiento de retorna a ella (negativa). 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 paterno-filiales. C) El temporal, determinado por el transcurso de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda de este plazo (PERALTA, 2002, p. 318).

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 rehusado 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, b) Que no se fundamente en el 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 retorna 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.

### **3.6. LA CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN**

Dentro de la generalidad de la fórmula legal del inciso 6 del artículo 333 del Código Civil, se comprende una multiplicidad de hechos y situaciones que la realidad puede presentar y que escapan a toda posibilidad de enumeración (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 474).

No obstante la genérica redacción, debe apreciarse que concurren los dos extremos que establece la ley: si la conducta del cónyuge demandado es realmente deshonrosa, y si en efecto torna insoportable la convivencia; no siendo necesario requerir la "vida común" como condición de la misma.

Así, se considera que configura esta causal el dedicarse a la prostitución, al proxenetismo, a la delincuencia, a la comercialización de drogas, el despilfarrar bienes del matrimonio afectando la armónica convivencia, la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad menor a dos años, etc. (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 474).

Téngase presente que el término:

*"que haga insoportable la vida en común" debe ser comprendida extensivamente: sea que imposibilite la continuación de la convivencia o su reanudación. En el primer caso, los cónyuges todavía cohabitan en un mismo domicilio conyugal. En el segundo supuesto, "un cónyuge desde fuera del hogar le procura -al otro- deshonor y/o maledicencia en su ámbito social, profesional, etc." (CABELLO, 1999, p. 261).*

La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

### **3.7. EL USO HABITUAL E INJUSTIFICADO DE DROGAS ALUCINÓGENAS O DE SUSTANCIAS QUE PUEDAN GENERAR TOXICOMANÍA, SALVO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 347.**

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 el consumo de sustancias psicoactivas porque ejercen su acción sobre el sistema nervioso central y que tiene capacidad para producir transformaciones psíquicas (PERALTA, 2002, pp. 320 - 321).

Desde el punto de vista jurídico es una causa inculpatória y perentoria de divorcio que consiste en el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o sustancias que puedan generar toxicomanía, comprometiendo gravemente la normalidad de la vida conyugal. La Ley N° 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 PLACIDO (2001, p. 83), 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.

El fundamento radica en el quebrantamiento de los deberes ético-morales que supone el matrimonio y, desde luego, en un principio eugenésico, ya que el cónyuge no afectado corre el peligro de adquirirlo. El divorcio se explica por la secuela de daños materiales y morales que causa la toxicomanía en el otro consorte y la descendencia (PERALTA, 2002, p. 321).

Para que se configure esta causal 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 “paraísos indescriptibles”, todo lo que expresa más bien un vicio mas no una necesidad terapéutica.

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 médico legal. La acción caduca, por consiguiente, esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan (PERALTA, 2002, p. 322).

### **3.8. LA ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**

El artículo 2 de la Ley N° 27495 ha variado el inciso 8 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente tenor: "*La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio*". El texto anterior se refería a la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 476).

La reforma coincide con el criterio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que, en el año 1975, estableció la denominación de enfermedades de transmisión sexual (ETS) para las enfermedades que se adquieren por contacto sexual directo, independientemente que existen pocos casos adquiridos por otras



vías (como heridas, instrumentos quirúrgicos, sangre, etc.), y que se diferencian de otras enfermedades infecciosas y parasitarias por la presencia del elemento sexual.

Si bien el fundamento de la causal se aprecia en el peligro significativo que, para la salud del cónyuge sano y su descendencia, constituye la enfermedad de transmisión sexual sufrida por el otro consorte; no se debe desconsiderar que la causal se circunscribe dentro del sistema del divorcio sanción y que, por ello, se exige acreditar la imputabilidad del cónyuge enfermo.

En consecuencia, no basta la prueba objetiva de haberse contraído la enfermedad de transmisión sexual después de celebrado el matrimonio; sino y sobretodo, debe acreditarse también que el contagio supone una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen. Debe recordarse que las causas de divorcio culpable tienen como característica y requisito común la imputabilidad, esto es, que los hechos producidos deben ser resultado de una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen, lo que supone un comportamiento consciente y responsable (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 477).

Por ello y si bien la norma *"no distingue entre enfermedad contraída mediante trato sexual o por medio extrasexual (que excepcionalmente también puede darse)"*, procede tal consideración en atención a las características del sistema subjetivo o de divorcio sanción al que pertenece esta causal. Ello se sustenta, además, en el deber de asistencia recíproca que impone el matrimonio y exige la debida atención al cónyuge enfermo inimputable. Así lo sostiene Carmen Julia

Cabello, agregando que la causal no sanciona la infidelidad del cónyuge, que puede ser vista como adulterio u homosexualidad, según el caso (CABELLO, 1999, p. 281).

En tal sentido, no se configura la causal si el contagio es producto, por ejemplo, de una relación sexual no consentida o por la transfusión de sangre contaminada. La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan. En ese sentido, la recuperación del enfermo supone la insubsistencia de la causal.

### **3.9. LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO**

Esta causal será desarrolla in extenso en el capítulo subsiguiente

### **3.10. LA CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS, IMPUESTA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.**

Esta causal no va ligada a ningún hecho contrario al cónyuge que invoca la sentencia condenatoria como causal de separación de cuerpos o de divorcio. La motivación puede fundarse, bien desde la perspectiva del hecho de la separación fáctica que impone la privación de libertad, bien por contemplación de una conducta moral reprobable causante de la pena (PLACIDO & CABELLO, 2007, p. 478).

No puede invocar esta causal el cónyuge que conoció el delito antes de casarse. La pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta

causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida.

### **3.11. LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA COMÚN, DEBIDAMENTE PROBADA EN PROCESO JUDICIAL**

La causal de incompatibilidad de caracteres representa el desquiciamiento del matrimonio, siendo una causa justa para solicitar el divorcio. Es aquella falta de compenetración y de asociación libre, voluntaria y armónica entre las personas. No hay entendimiento, ni una relación fluida; solo una absoluta falta de correspondencia. Esto se da en algunos matrimonios en razón que los cónyuges no se entienden en nada y convierten su relación marital en inllevadera (VARSI, 2011, p. 350).

Para efectos de consolidar su estructura y que pueda llegar a considerarse como una causal, la incompatibilidad de caracteres debe cumplir con los siguientes elementos:

- Ser manifiesta y permanente. La mera desavenencia, desacuerdo, discrepancia o disconformidad no es suficiente para configurar la causal y, además, debe haber transcurrido, necesariamente, un tiempo que afecte la relación conyugal.
- Hacer insoportable la vida en común. Implica la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común.
- Debidamente comprobada en proceso judicial. La referencia de la imposibilidad de hacer vida en común, deba ser debidamente probada en proceso judicial, o pueden provenir de un proceso previo.

Consideramos que la precisión que el legislador hace en esta causal como innecesaria, ya que todas las causales deben de ser debidamente acreditadas en un proceso judicial.

**3.12. LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES DURANTE UN PERÍODO ININTERRUMPIDO DE DOS AÑOS. DICHO PLAZO SERÁ DE CUATRO AÑOS SI LOS CÓNYUGES TUVIESEN HIJOS MENORES DE EDAD. EN ESTOS CASOS NO SERÁ DE APLICACIÓN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 335**

Es otra causal introducida por Ley N° 27495, que ha tomado las designaciones siguientes: separación de facto, separación fáctica y rompimiento de hecho. Según PLACIDO, es el estado en que se encuentra 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 en de uno de los cónyuges (PERALTA, 2002, p. 329).

Luego, se trata de una causal directa, no inculpatória y perentoria que determina el divorcio, consiste en la interrupción del deber de hacer vida en común sin previa decisión judicial ni propósito de renormalizar la vida conyugal de los esposo, entendiéndose que para los efectos de la aplicación del inciso 12) del artículo 333°, no se considerara 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 (PERALTA, 2002, p. 329).

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 formula necesaria para incorporar en nuestro sistema 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 correspondería.

En lo que respecta a sus elementos constitutivos, la doctrina (VARSI, 2011, p. 354) señala que los elementos de la separación de hecho son:

a) Elemento objetivo

Es la separación de hecho, la falta de convivencia y la interrupción de la vida en común y se produce por voluntad de uno o de ambos.

Implica:

- i) Ausentarse del hogar conyugal sin autorización judicial, con la sola voluntad del cónyuge que se retira (unilateral) o de una decisión conjunta (bilateral), cuando ambos cónyuges quiebran la convivencia de facto, o;

ii) Vivir en una misma casa sin convivir como pareja, incumpliendo el deber de cohabitación o de vida en común.

b) Elemento subjetivo

Falta de intención de normalizar la vida conyugal finiquitando la convivencia por más que algún deber se cumpla. La separación se supone que se ha producido por razones no constitutivas de estados de necesidad o fuerza mayor.

c) Elemento temporal

Este elemento está dividido en dos aspectos:

- Falta de convivencia

Se exige un periodo de alejamiento. Es el plazo transcurrido en el que los cónyuges no hacen vida en común. Tiempo en el que no existe convivencia. Con base en la corriente de protección de la familia y de los hijos se ha considerado dos tipos de plazos: Cuando hay hijos menores de edad, el plazo es de 4 años o cuando no hay o existiendo son mayores de edad, el plazo es de dos años.

- Plazo ininterrumpido

La separación de hecho debe cumplir un plazo que no puede ser paralizado o suspendido por actos de convivencia (ni esporádicos, ni ocasionales). Esta es una diferencia con la causal de abandono injustificado. Esta última es una causal con un elemento subjetivo y culposo: el carácter injustificado y, como hemos visto, el propio

Código permite que el plazo sea mayor de dos años continuos (ininterrumpidos) o cuando la duración sumada de los periodos de abandono (sumatoria de los plazos interrumpidos) exceda a este plazo (más de dos años)

Los elementos objetos y temporal son necesario. Su inobservancia acarreará la inaplicabilidad de la causal.

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 unilateral.
- c) El tiempo de permanente del estado de separados de facto y
- d) La existencia o no de hijos para tomar en cuenta el tiempo.

Para invocar 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 (PERALTA, 2002, pp. 331-332).

### **3.13. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL, DESPUÉS DE TRANSCURRIDOS DOS AÑOS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**

La separación convencional es la manifestación concorde de voluntades de los cónyuges, que puede motivar un decaimiento o disolución del matrimonio (VARSI, 2011, p. 356).

Con el concurso de voluntades y cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos, la resolución judicial, acta notarial o resolución de alcaldía se limitan a la aprobación y homologación del acuerdo conyugal.

El objetivo que se busca al invocar esta causal es la obtención de la separación de cuerpos para luego solicitar el divorcio. No cabe la solicitud de divorcio vía separación convencional. Se requiere el paso previo de la separación de cuerpos (VARSI, 2011, p. 356).

Para que se configure se tiene que presentar los siguientes elementos:

- a) Transcurso de dos años de la celebración del matrimonio.
- b) Consentimiento de ambos cónyuges.
- c) Presentación con la demanda de la propuesta de convenio regulador de los regímenes familiares de los cónyuges.
- d) Aprobación judicial de la separación convencional
- e) Sometimiento a la vía del proceso sumarísimo.



### CAPITULO III

## LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE COMO CAUSAL DE DIVORCIO

### 1. TRATAMIENTO DE LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio está contemplada en el inciso 9 del artículo 333 del Código Civil, como una causal expresa, independiente y autónoma, de separación de cuerpos y divorcio. La separación de cuerpos y el divorcio comparten casuales en nuestro medio y solo pueden invocarse las causales expresamente contempladas en el ordenamiento jurídico para las pretensiones de separación de cuerpos y el divorcio (CANALES, 2013, p. 154).

La homosexualidad sobreviniente al matrimonio tiene las siguientes consideraciones y elementos en su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico:

#### 1.1. INCLUSIÓN

La causal fue incorporada con la dación del Código Civil de 1984. El Código Civil de 1936. El artículo 333 en su inciso 9 distingue expresamente a la homosexualidad como causa de divorcio, antes era incorporada en otra causal, la conducta deshonrosa. De ahí que su inclusión no represente un cambio significativo, en cuanto a una efectiva apertura a nuevas causales que pudieran revelar, en este aspecto, una mayor tendencia divorcista en nuestra legislación.

En esta causal puede incurrir cualquiera de los cónyuges; no fue considerada en el Código Civil de 1936 y su inclusión en el Código Civil de 1984, por iniciativa de la Comisión Revisora, fue objeto de controversia. Hay, en efecto, quienes piensan que la homosexualidad es, en unos casos, síntoma de alteraciones o características fisio-psicológicas antes que de desviaciones morales; y, en otros, fruto de estas últimas; y que en la primera hipótesis no se justifica la sanción de un divorcio cuya tramitación exhibe y publica una anomalía que el consenso social condena o ridiculiza injustamente, lesionando así a quien la sufre, mientras que en la segunda hipótesis es un caso de conducta deshonrosa ya previsto en otro inciso del mismo artículo (CANALES, 2013, p. 154).

De otro lado, sin embargo, y precisamente dada la naturaleza de la unión matrimonial, de la que la cópula sexual entre un hombre y una mujer normales resulta elemento esencial, la doctrina considera que para el cónyuge normal o sano resulta intolerable la intimidad con una persona homosexual, cuya anomalía o vicio no existía cuando se casó.

De forma similar, la doctrina manifiesta que el mutuo disenso debería ser la solución más idónea, a menos que quien sufre la anomalía o el vicio se niegue a tranquear esa vía de solución (CANALES, 2013, p. 154).

## **1.2. CONCEPTO**

Debemos traer a colación la premisa de que la heterosexualidad, como hemos visto, constituye un presupuesto para contraer matrimonio sin el cual no cobra existencia. El matrimonio es un acto esencialmente heterosexual (salvo en los

países donde el matrimonio homosexual ya tiene reconocimiento explícito (CORNEJO, 1998, pp. 306 - 307).

### **1.3. DEFINICIÓN**

Aquella causal sustentada en la pérdida de atracción heterosexual en la pareja dirigiendo sus afinidades al mismo sexo. Esta conducta afecta la relación de pareja al punto de tornar imposible la convivencia, aunque la norma no lo detalle de esa manera (VARSI, 2011, p. 347).

La opción legislativa en nuestro medio es considerar a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, como una causal autónoma, independiente y distinta a otras. Por lo tanto, en nuestro medio, la homosexualidad sobreviniente no es tratada en sí misma como un adulterio, una injuria grave, una conducta deshonrosa o un supuesto que necesariamente implique una imposibilidad de hacer vida en común.

### **1.4. ELEMENTOS**

Para que se configure se tienen que presentar los siguientes elementos (VARSI, 2011, p. 348):

#### **1.4.1. HOMOSEXUALIDAD**

Afinidad y orientación hacia personas del mismo sexo. Pérdida del elemento fisiológico del matrimonio que conlleva a su vez, una infracción al deber de respeto mutuo de los cónyuges entre sí.

#### **1.4.2. SUPUESTO SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO**

Este supuesto se presenta cuando nos encontramos ante un matrimonio existente y que ha sido válidamente celebrado; en consecuencia, la homosexualidad de alguno de los cónyuges debe presentarse en un determinado momento posterior a la celebración del matrimonio, como ocurre con la generalidad de las conductas que configuran causales de divorcio y separación de cuerpos. Caso contrario, si la homosexualidad es coetánea a la celebración del matrimonio, estaríamos ante un matrimonio inexistente, que no cumple con el requisito y condición de la heterosexualidad para ser matrimonio, cuyo efecto sería el determinado por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, vale decir, la nulidad virtual, al celebrarse un acto jurídico contrario a las disposiciones que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

#### **1.5. CLASIFICACIÓN**

La causal de homosexualidad es una causal objetiva, ya que no implica juzgar sobre el motivo o causa que la generó, sino únicamente, la comprobación del supuesto de homosexualidad sobreviniente al matrimonio (CANALES, 2013, pp. 156 -157).

Asimismo, esta causal es indirecta, ya que la acción no va dirigida específicamente contra el otro cónyuge, sino que tenemos la conducta de un cónyuge que repercute en el otro.

Finalmente, la referida causal pertenece al sistema subjetivo inculpatario del divorcio-sanción. No podemos imputar el cien por ciento de la responsabilidad de la homosexualidad al cónyuge que pasa a tener orientaciones homoafectivas, respecto de personas del mismo sexo, ya que dichas orientaciones no se encuentran plenamente dentro de la esfera de control, de la voluntad del sujeto. Sin embargo, esto no le resta el carácter inculpatario, del divorcio-sanción a la causal. Luego el cónyuge inocente sería quien permanece en su heterosexualidad, mientras que el cónyuge culpable sería el cónyuge que va adoptando afinidades homoafectivas.

#### **1.6. FUNDAMENTO**

Esta causal de separación de cuerpos o divorcio es consecuencia lógica y coherente de la heterosexualidad exigida para el matrimonio.

Desaparecido este presupuesto cuando tenemos un matrimonio ya celebrado, se configura la causal, el decaimiento y la disolución de este.

El fundamento de la causal no es tanto considerar a la homosexualidad como una conducta deshonrosa o inmoral (puesto que se trata de una alteración de carácter físico-psicológico en la sexualidad de una persona), ya que de ser así quedaría comprendida dentro de la causal prevista en el inciso 6) del artículo 333 del Código Civil (causal de conducta deshonrosa que haga insostenible la vida en común), sino que se basa en lo desagradable o intolerable que puede resultar para un cónyuge convivir con una persona homosexual y, también en el rechazo del

cónyuge inocente a seguir sosteniendo relaciones sexuales con el consorte homosexual.

María Teresa Cornejo Fava cita a Max Arias-Schreiber, el cual considera a la homosexualidad como un obstáculo grave a la felicidad conyugal. Tanto si ocurre en el marido como en la mujer, por lo general el otro cónyuge se verá seriamente afectado si las preferencias sexuales de su consorte se inclinan hacia personas del mismo sexo (CORNEJO, 2000, p. 849).

El deber de respeto mutuo que surge del matrimonio, es el principal deber infringido a partir de la causal de homosexualidad sobreviniente a la celebración del matrimonio, así como también, de ser el caso, el deber de fidelidad.

Asimismo, al perder el matrimonio, su carácter heterosexual en virtud de la homosexualidad sobreviniente de uno de los cónyuges, dicho matrimonio que fue válido en el momento de su celebración perdería uno de los requisitos y condiciones para su existencia jurídica en nuestro medio, la complementariedad de sexos, la diferencia de sexos, la heterosexualidad, convirtiendo desde ese momento al referido matrimonio, en un acto jurídico atentatorio de normas de orden público y las buenas costumbres.

### **1.7. SUPUESTOS**

En cuanto a la homosexualidad relacionada con el matrimonio, pueden darse tres supuestos:

### **1.7.1. QUE SE CELEBRÓ EL MATRIMONIO IGNORANDO UNO DE LOS CÓNYUGES QUE EL OTRO ERA HOMOSEXUAL.**

En este primer caso la solución la da el inciso 5 del artículo 277, al declarar anulable al matrimonio. La homosexualidad es causa de anulabilidad del matrimonio (artículo 277, inciso 5 del Código Civil) sustentada en el error en la identidad. Aguilar Llanos dice que esta causal debe interpretarse respecto del cónyuge agraviado quien toma conocimiento del estado de su cónyuge *“ya dentro del matrimonio, y si este conocimiento se da dentro de los dos años de celebrado el matrimonio tendría dos acciones a su favor, la anulabilidad del matrimonio y la de separación, y si el conocimiento se da luego de superado los dos años de matrimonio, la única vía será la separación”* (AGUILAR, 2010, p. 207).

### **1.7.2. QUE AL CONTRAER MATRIMONIO, EL CÓNYUGE SABÍA QUE EL OTRO ERA HOMOSEXUAL.**

En este segundo caso, no hay nada que hacer. El matrimonio no puede invalidarse, ni hacerlo decaer a través de la separación de cuerpos, ni disolverse a través del divorcio, a partir de la causal de homosexualidad sobreviniente. Claro está, de configurarse otra causal podrá esta ser invocada.

Con respecto a estos dos primeros supuestos, María Teresa Cornejo Fava, citando a Max Arias-Schreiber comenta que: *“Surge la interrogante de por qué solo se contempla a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, o sea aquella que acaece después de contraído este. La*

*respuesta viene dada por el inciso 5 del artículo 277 del Código Civil, que tipifica a la homosexualidad como un defecto sustancial susceptible de ser invocado par anular el matrimonio. Es decir, que si esta condición se presentaba antes del matrimonio, y el cónyuge la ignoraba, puede invocarla como causal de anulación, mas no de divorcio. El problema radica en el plazo, que es solo de dos años a partir de la celebración, con lo que aquellos casos de homosexualidad anterior al matrimonio pero descubierta después de los dos años de su celebración quedarían sin poder invocar esta causal. En tales hipótesis habría que recurrir a otras causales como por ejemplo la de ‘conducta deshonrosa’” (CORNEJO, 2000, p. 849).*

### **1.7.3. QUE LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINO, ES DECIR, QUE SURGIÓ DESPUÉS DE CELEBRADO EL MATRIMONIO.**

Cuando la homosexualidad es sobreviniente, es decir, se produjo después de haberse celebrado el matrimonio, puede ser invocada como causal de separación de cuerpos o divorcio. La justificación de la causal está en que para el cónyuge heterosexual, debe de ser intolerable la intimidad con una persona que se relaciona con otras del mismo sexo, atentando, además, contra el deber de fidelidad.

### **1.8. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

El artículo 339 señala que la acción de separación de cuerpos o divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la anomalía sexual, y, en todo caso, a los cinco años de producida.



### **1.9. PRUEBA**

Resulta necesario un informe pericial o certificado médico a fin de acreditar la homosexualidad en alguno de los cónyuges (VARSI, 2011, p. 348).

## CAPITULO

### DERECHOS VULNERADOS POR LA CAUSAL N° XX DEL ARTICULO 333° DEL CÓDIGO CIVIL, RELATIVA A LA HOMOSEXUALIDAD

#### SOBREVINIENTES

#### SUBCAPÍTULO I

#### DERECHO A LA DIGNIDAD

##### 1. CONCEPTO

La doctrina jurisprudencial define a la dignidad de la persona de la siguiente manera:

*“La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución. [E]n ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la personalidad del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consubstanciales. La dignidad, así, constituye un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.” (Exp. N° 010-2012-AI/TC, Fj. 217 - 218)*

De otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 definía en aquel entonces a la persona humana en su artículo primero inciso segundo: ***“Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”***, y no se pensaba en aquellos años que dicha expresión pudiera ser de otra forma.

Hoy en día existe una preocupación no solo por redefinir que se entiende y a quienes se comprende con el termino persona humana (incluso se usan otros términos como ***“persona autónoma”, “entes vivientes”, “personas de existencia visible”, “especie humana”***); mas lo que urge es la protección del ser, ente o persona humana, evitando su instrumentalización en todo sentido, aspecto y momento de la vida humana; no se trata de fórmulas ni de expresiones, sino de comprender, lo que ahora conocemos como ser humano cuya individualidad y dignidad es objeto de protección jurídica.

En cuanto a la dignidad, la situación tampoco es pacífica, planteándose la posibilidad de reconocer la dignidad de los seres humanos también en animales y plantas; indica el filósofo alemán Jurger Habermas que será la comunidad de diálogo, la que sostenga si la dignidad -no como atributo intrínseco u ontológico-, se atribuye a una vida en particular por las razones específicas.

La legitimidad de la eutanasia ha traído el debate de la dignidad en dos conceptos diferentes, residiendo la discusión en torno si la dignidad es atributo del ser humano como hijo de Dios como sustenta la religión, o si es un derecho subjetivo creado por ser el humano conforme a su capacidad de dar ley moral para sí mismo. Para **ANDORNO** (2009), la súplica a la dignidad refleja la preocupación de promover el

respeto al valor intrínseco de seres humanos y para la integridad del ser humano especie.

En este trabajo nos aproximamos al concepto de dignidad humana en tanto principio y derecho, en la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de protección y de reconocimiento en el ordenamiento constitucional.

## **2. RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA**

La dignidad humana se encuentra presente en las declaraciones de derechos humanos, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 empieza considerando que la libertad, la justicia y la paz tienen por base *“el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*; el artículo primero consagra que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), y en vigencia desde el 23 de marzo de 1976, establece en el Preámbulo que *“los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”*, reconoce que estos derechos se derivan de la *“dignidad inherente a la persona humana”*, reconocen *“no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y*

*liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”*,

Como los hemos señalado, el concepto de dignidad humana tuvo un desarrollo posterior al de los derechos fundamentales y consiguió el auge después de la segunda guerra mundial, las atrocidades, crímenes de guerras, masacres del régimen nazi, constituyeron una respuesta que creció como un clamor, tal vez para reivindicar a los seres humanos que padecieron tamaños vejámenes y/o para evitar que ello vuelva a suceder.

**HABERMAS** (2010, p. 6) expresa que *“La defensa de los derechos humanos se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana”*; señala que la dignidad humana no es únicamente una expresión clasificatoria como si fuera un parámetro de sustitución vacío, sostiene que constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento; considera que las experiencias de violaciones de la dignidad humana ha desempeñado un muchos casos una función creativa, como la discriminación por diferente razones, las insoportables condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas, el trato desigual a hombres y mujeres en el trabajo, entre otros, que *“A la luz de tales retos históricos específicos, diferentes aspectos del significado de la dignidad surgen desde la plétora de experiencias de lo que significa ser humillado y herido profundamente”* (HABERMAS, 2010, p. 8).

APARISI (s/f, p. 262) anota que *“La dignidad humana es un verdadero principio ético-jurídico, en cuanto que viene a plasmar una realidad esencial, el igual valor que todo ser humano tiene en sí mismo, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado”*, la persona humana no puede ser cosificada, es ella quien predomina y el fin de la sociedad y el Estado, del respeto, de la dignidad de la persona humana depende el destino mismo del hombre, es fundamento de los derechos humanos.

Precisa Habermas que *“la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho”*; Antonio Pelé expresa que *“El hombre tiene un valor “en sí” y confiere al concepto de dignidad una dimensión ontológica significando algo sagrado. Además dicho valor tendrá consecuencias en los comportamientos ínter subjetivos: los individuos deberían tratarse con respeto es decir, siguiendo las palabras de Kart Larenz, reconociendo (...) la indemnidad de la persona y del otro en todo lo que concierne a sus existencia exterior en el mundo visible (...) y en su existencia como persona”*, en el mundo visible se puede comprender la vida, integridad física, salubridad, trabajo, que necesita el individuo para su realización.

### **3. ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA EN NUESTRA CARTA MAGNA DE 1993**

El artículo 1 de la Constitución de 1993, al lado del respeto a la persona humana, enuncia también el deber de la sociedad y del Estado de respetar su dignidad. La *“dignidad”* es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. La libertad y la identidad sustentan la dignidad del ser humano. El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual, y

además, por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana.

Los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad. Es esta dignidad la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento. De ahí que el artículo 3 de la Constitución establezca que los derechos de la persona no se circunscriben a solo aquellos expresamente normados por el ordenamiento jurídico sino que su protección alcanza a aquellos que, sin encontrarse en esta situación, *"se fundan en la dignidad del hombre"*.

No obstante lo hasta aquí expresado, preferimos la redacción del artículo 1° de la Constitución de 1979 en el sentido que: *"La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla"*. En verdad, el fin supremo está constituido por la persona en sí misma, en base a su inherente dignidad. De ahí que, como consecuencia de ello y tal como lo señala la segunda frase del citado numeral, todos están obligados a respetarla y protegerla.

Como se advierte, es más precisa la redacción del artículo 1° de la Constitución de 1979 que la del mismo numeral de la Constitución de 1993, que al expresar que el fin supremo no es, en sentido estricto, *"la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad"* -como lo enuncia este último numeral- sino la persona humana considerada en sí misma. Este enunciado, como consecuencia, obliga a la sociedad y al Estado a *"respetarla y protegerla"*.

Por lo expuesto, resultaría aconsejable que, en el Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional que de conformidad con la Ley N° 27600 viene elaborando el Congreso de la República, se incluya como artículo 1 el texto de la Constitución de 1979. Lo consideramos imprescindible pues en él se encuentra la clave para la interpretación de la propia Constitución y del ordenamiento jurídico en general.

Por consiguiente, podemos decir que este artículo 1 significa varias cosas simultáneamente: que la persona humana es el centro de la sociedad, entendida a la vez como individuo y como sujeto de relaciones sociales. Que la sociedad le debe defensa y respeto a su dignidad la que consiste, en esencia, en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las Múltiples diferencias que hay entre una y otra persona. La solidaridad, así, debe ser un rasgo característico de la sociedad y guiar las conductas humanas.

Entendemos que este artículo no es solamente una declaración general. Los principios que hemos encontrado sirven, en nuestro criterio, para iluminar a aplicación de toda la Constitución y, por consiguiente, del orden jurídico en su conjunto. La defensa de la persona y el respeto de su dignidad podrán ser argumentados jurídicamente en el Perú, y la jurisprudencia deberá darles significados concretos que sirvan de protección para el ser humano en nuestra sociedad. En este sentido, decimos que el artículo 1 de la Constitución es un principio hermenéutico para todo el sistema jurídico; sirve para que allí donde no haya significados claros en las normas, o donde debamos sustituir una laguna del Derecho con una regla, la primacía de la persona sea un elemento



determinante en los contenidos a diseñar y, también, en la metodología que se utilice para solucionar el problema jurídico de que se trate.

Asunto de importancia al tratar de la persona humana en el contexto de este artículo, es la concordancia que necesariamente debe hacerse con la Cuarta Disposición Final de la Constitución que dice:

***“Constitución de 1993, Cuarta Disposición Final.- Las normas relativas al os derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.***

En una cierta medida, este artículo 1 se refiere a la síntesis de la posición de la persona humana en la sociedad jurídicamente organizada: es el centro de ella. Por consiguiente, la protección de los derechos humanos en consonancia con las declaraciones internacionales, constituirá no el único, pero sí un medio poderoso para su defensa y respeto.

Finalmente, es importante decir que la primacía de la persona humana en la sociedad jurídicamente organizada por la Constitución, no sólo aparece dentro del texto constitucional en sí mismo. Muchas otras normas entre las que caben citar el Código Civil, el Código del Niño y del Adolescente, las leyes que se refieren a las relaciones pacíficas entre las personas y otras muchas más, son disposiciones en las que hay que enriquecer nuestro conocimiento de la predominancia social de la persona para el Derecho, y a través de las cuales hay que defenderla concreta mente frente a los peligros y agravios que se realicen contra ella.

## SUBCAPÍTULO

### DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL

#### 1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

##### 1.1. ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL INCISO 7) DEL ARTICULO 2° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

El inciso 7) del artículo 2° de la Constitución de 1993 trata varios conceptos distintos dentro de los cuales encontramos: honor, buena reputación intimidad personal y familiar voz propia e imagen propia. El segundo párrafo contiene el derecho de rectificación. Para el presente estudio, abordaremos tan solo lo relacionado a la *intimidad personal y familiar*. (RUBIO, 1999, p. 242)

Cabe señalar que el derecho a la intimidad se encuentra protegido por textos internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que en su artículo 12° protege así la intimidad o privacidad la honra y la reputación

*“Declaración Universal de Derechos Humanos*

*Artículo 12.-*

*Nadie será objeto de injerencia arbitrarias en su vida privada su familia su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación.*

*Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*

Asimismo, otro texto internacional el precitado derecho, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 17° protege la privacidad la honra y la reputación. Cabe destacar que la expresión es muy similar a la de la Declaración Universal:

***“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***

***Artículo 17.-***

***Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada su familia su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación***

***2 Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.***

En ese orden de ideas, también tenemos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que ratifica los mismos derechos

***“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre***

***Artículo V.-***

***Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra a su reputación y a su vida privada y familiar”.***

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos innova en algo las normas precitadas anteriormente, en su artículo 11 principalmente al asimilar la honra y la dignidad en su apartado primero:

***“Convención Americana sobre Derechos Humanos***

***Artículo 11.-***

- 1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
- 2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o reputación*
- 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*

Y en su artículo 14° la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hace una detallada caracterización del derecho de rectificación que tiene aún mayores alcances que el segundo párrafo de nuestra Constitución. Dice:

*“Convención Americana sobre Derechos Humanos*

*Artículo 14.-*

- 1.- Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentarios y que se dirijan al público en general tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley*
- 2.- En ningún caso la rectificación o la respuesta examinarán de las otras responsabilidades legales en que se e hubiese incurrido*
- 3.- Para la efectiva protección de la honra y la reputación toda publicación o empresa periodística cinematográfica de radio o televisión tendrá una persona responsable que no éste protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.*

De lo visto podemos concluir que los instrumentos internacionales protegen el tema que venimos analizando de la siguiente manera

- Existe el derecho a proteger la honra que en la convención Americana sobre Derechos Humanos se asimila a la dignidad de la persona
- Existe la protección a la reputación
- Existe la protección a la reserva de la vida privada
- Existe el derecho de rectificación sobre informaciones emitidas en los medios de comunicación para lo cual según la Convención Americana de Derechos Humanos cada órgano de expresión o empresa tendrá una persona responsable plenamente ante los fueros ordinarios para efectos de las reclamaciones judiciales del caso
- Debe existir protección efectiva para garantizar la vigencia de estos derechos

Habiendo hecho una remembranza de los principales textos internacionales es momento de abordar el derecho a la *intimidad personal y familiar*, el cual como ya lo hemos mencionado, se encuentra establecido en el artículo 2° inc. 7 de nuestra carta magna..

Al respecto, FERNÁNDEZ reseña el origen de su protección

*“Hace prácticamente un siglo en 1891 se formulaba por primera vez en términos jurídicos una exigencia de libertad personal desconocida hasta aquel entonces el derecho a la intimidad the right to privacy. Dos abogados de Boston Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en un conocido artículo publicado en la Harvard Law Review daban vida a un derecho que más tarde sería conocido por la jurisprudencia del Tribunal*

*Supremo el derecho “to be let alone” a ser dejado sólo en paz, a obtener la protección de su vida íntima, de su privacidad”* (Fernández, 1994, pp. 275 - 276)

El problema que aparece para el Derecho entre las dimensiones privada y pública de la vida humana se presenta porque la persona está permanentemente interactuando en ambos escenarios va a su vida pública de relación con los demás para regresar a su intimidad y volver a salir a la sociedad:

La vida íntima personal la individualidad entra en una relación dialéctica dinámica y en algunos casos conflictiva con la sociedad El ser humano proyecta su personalidad en dos dimensiones una social externa y otra de regreso hacia sí mismo y es que el ser humano es individuo y es sociedad y esta relación dialéctica constituye todo un problema existencial permanente de la humanidad que cobra especules características en el hombre contemporáneo.

**ZAVALA DE GONZÁLEZ**, citado por **MORALES GODÓ**, nos dice que:

*“... si bien esas facetas son discriminarles desde una perspectiva teórica vivencialmente se entrelazan de modo dialéctico en la unidad sustancial del hombre. Así la proyección exterior de la persona es fuente de valores positivos únicamente si existe vida íntima y será tanto más rica cuanto más intensa sea ésta todo lo que el hombre ha creado antes que hecho y exteriorizado ha sido engendrado y madurado en el ámbito de su ser íntimo. A la inversa como el boomerang que necesariamente vuelve al punto de partida la relación ‘hombre-mundo’ repercute siempre en*

*aquel moldeándolo y posibilitando su realización y engrandecimiento (...)*". (MORALES, 1995, p. 63)

Esta interrelación como toda de naturaleza dialéctica no sólo es dinámica sino también fundamentalmente conflictiva su desenvolvimiento supone una pugna un choque entre la dimensión personal y la dimensión social del hombre que ofrece estadios de equilibrio entre intereses contrapuestos.

**BECERRA PALOMINO** (1992, P. 18) tiene la siguiente opinión sobre la protección de la privacidad

*“La protección de la privacidad entendida por algunos según lo anteriormente señalado como “derecho al secreto” es pues amplia No sólo se substraer al conocimiento de otras personas ciertos aspectos o manifestaciones de la vida particular del sujeto sino también se impone una actitud de prudente distancia o discreción a efectos de no atentar contra costumbres o sentimientos concernientes a esa vida íntima”.*

Así para estos autores el derecho a la intimidad tendrá por misión el tutelar no únicamente la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico sino también la de sus comunicaciones la de sus relaciones afectivas más cercanas y profundas y la de su hogar esto es del lugar donde se desarrolla su vida íntima el espacio en el que se desenvuelve su existencia privada”.

Por su parte **MORALES** (1995, p. 180), citando a Novoa Monreal, propone una lista sugerente de temas que corresponderían a la vida privada:

*“NOVOA MONREAL, enumera distintas situaciones actividades y fenómenos que pueden considerarse como vida privada*

- a) Ideas y creencias religiosas filosóficas mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al conocimiento ajeno.*
- b) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual.*
- c) Aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para e grupo.*
- d) Defectos o anomalías síquicas no ostensibles.*
- e) Comportamiento del sujeto que no es conocido de los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos hacen de aquél.*
- f) Afecciones de a salud cuyo conocimiento menoscabe e juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto.*
- g) La vida pasada del sujeto en cuanta pueda ser motivo de bo chorno para éste.*
- h) Orígenes familiares que lastimen la posición social y en igual caso cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil.*
- i) El cumplimiento de las funciones fisiológicas de la excreción y hechos y actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables ruidos corporales intromisión de dedos en cavidades naturales, etc.*
- j) Momentos penosos de extremo abatimiento y*
- k) En general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral psíquica al afectado (desnudez embarazo prematrimonial etc.)”.*



De lo expuesto en los párrafos precedentes, el derecho a la intimidad tiene que ver con aspectos de la vida humana que tienen importancia para el sujeto y que él prefiere dejar o, mejor aún se supone que prefiere que pueden fuera del conocimiento de los demás. Esto último es muy importante por lo siguiente: en materia de intimidad la presunción no consiste en que todo puede divulgarse a menos que haya prohibición del interesado; más bien es al revés: el ámbito de su vida privada no puede ser divulgado sin que él lo autorice. En el Derecho esta diferencia es toda regla de actuación para las personas (RUBIO, 1999, p. 251).

Por ello mismo la determinación de los ámbitos que genéricamente consisten en la intimidad es importante y de allí que la lista de Novoa Monreal citada por Morales Godo resulte de fundamental importancia. Desde luego en esto la sensibilidad de las personas tiene más importancia que la existencia de enumeraciones taxativas de lo que se puede o no divulgar. Por eso es que los temas concretos no pueden ni deben figurar en la ley sino que deben ser iluminados por la jurisprudencia y la doctrina (RUBIO, 1999, p. 251).

Estas reflexiones traen a la escena otro tema fundamental para el Derecho si no se puede hacer una lista exhaustiva de lo que pertenece a la intimidad y en buena medida ello depende de la sensibilidad de las personas al actuar; entonces la conclusión sobre las reglas de la responsabilidad por el incumplimiento frente a estos derechos es que debe primar el criterio del riesgo o de la responsabilidad objetiva y no de la subjetiva; es la única manera de que la presunción corra

verdaderamente en contra del posible agresor y no en contra del agraviado Esta es la mejor manera de defender un derecho tan importante.

La intimidad protegida por nuestra Constitución es la personal y familiar Esto alude a dos círculos concéntricos en torno a la persona el primero es el de las cosas que pertenecen a su exclusiva privacidad aquella que hace a puertas cerradas Es elección de cada uno tener una parte de su vida privada en el entorno exclusivo de sí mismo El otro círculo es el familiar es decir el conjunto de cosas que suceden en la intimidad de quienes se consideran familiares entre sí El concepto de familia es siempre difícil de definir en el Derecho porque él mismo lo desea así indudablemente son siempre familia los parientes en línea directa y los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad Sin embargo el concepto de familia de los que viven bajo el mismo techo es particularmente aplicable a la intimidad pues precisamente los hechos familiares ocurren bajo el mismo techo. Si son presenciados por servidores del hogar o por amigos que han penetrado en ese recinto por su cercanía afectiva con las personas que habitan en esa casa entonces entendemos que también ellos pertenecen en este caso al concepto lato de familia que prohíbe divulgar las informaciones reservadas (RUBIO, 1999, p. 252).

Existe así una tensión permanente entre el derecho a la intimidad y el derecho de información, al respecto **MORALES GODÓ** dice que no puede haber resolución a priori del conflicto:

*“Tratándose de los derechos a la vida privada y la información no puede establecerse a priori prevalencia de uno sobre otro porque no están en un*

*plano de subordinación Son derechos equivalentes y por ende habrá necesidad de encontrar estas reglas generales que nos permitan en la experiencia jurídica solucionar estas posibles colisiones*

*Para algunos como GENY citado por NOVOA MONREAL “la solución debe ser encontrada al reconocer los intereses que se enfrentan evaluar su fuerza respectiva, pesarlos de alguna manera con las balanzas de la justicia todo ello para asegurar la preponderancia de los más importantes conforme a un criterio social para finalmente establecer entre ellos el equilibrio eminentemente deseable Esta puede ser una posible solución con la atingencia de que el criterio social no implique el atropello de alguno de los derechos sino que sea como consecuencia de una evaluación que tenga como mira la dignidad del ser humano”. (MORALES, 1995, p. 15)*

Consideramos que las alternativas que plantea la segunda parte de esta cita referidas a los autores mencionados generan problemas concretos de aplicación bastante serios pues, para cada caso, quien está en la disyuntiva de decidir si publica o no la información debe hacer un análisis del equilibrio de derechos. Normalmente es la persona menos indicada, al menos en la sociedad moderna, porque el interesado en dar a conocer los detalles de la vida íntima generalmente está comprometido por diversas razones y principalmente con las de figuración o negocio, con la alternativa de dar a publicidad lo que sabe No es pues un buen juez (RUBIO, 1999, p. 253).

Por ello consideramos que la fórmula prácticamente debe ser que la regla general es que todo lo que puede interpretarse como que la persona deja a su espacio personal o familiar, está prohibido de ser divulgado y que en esto hay que tener criterio amplio antes que estrecho. En realidad la intimidad debe ser interpretada extensivamente y la información restrictivamente en estos aspectos. La responsabilidad de quien pública debe guiarse por los principios del riesgo y de la responsabilidad objetiva y no por la responsabilidad subjetiva. En este contexto encontramos adecuado el mandato del artículo 14 del Código Civil peruano, el cual pasaremos a desarrollar en el siguiente apartado.

## 2. **DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL**

### 2.1. **DEFINICIÓN**

El derecho a la intimidad sexual se basa en la evaluación de las consecuencias de las conductas sexuales; las mismas que cambia cuando éstas se han derivado de la propia elección, a raíz de dicho cambio, los especialistas indican que sin esta posibilidad no se cumplen las expectativas propias y de otros respecto de la propia competencia para manejar nuestras vidas, nuestra sexualidad y nuestra identidad.

En consecuencia, de esta afirmación, **la intimidad sexual supone el respeto por las conductas que una persona encuentra necesarias para satisfacer su íntima visión de la sexualidad.**

## **2.2. VINCULACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL**

### **2.2.1. CON EL DERECHO A AUTONOMÍA**

El derecho a la autonomía, se configura como un bien del que dispone el individuo para, entre otros, forjar una sexualidad propia.

De este modo, el ejercicio de la autonomía es el único camino que el ordenamiento jurídico acredita para construir todo tipo de sexualidad. Pues, el despliegue de las convicciones y creencias propias, se convierte en comportamientos y conductas sexuales, que por virtud de la libertad individual que proporciona la autonomía, se presumen resultado del fin personal buscado.

### **2.2.2. CON EL DERECHO A LA DIGNIDAD**

Las conductas sexuales se amparan en el derecho a la intimidad sexual, cuyo ámbito de protección procura la realización efectiva de acciones derivadas exclusivamente del deseo íntimo, personal e indisponible por fuera de la esfera individual. En consecuencia, el derecho a la dignidad (prescrita en el artículo 1° del CPP) trae como consecuencia práctica el reconocimiento de una conciencia de la dignidad y una expresión de la dignidad.

En otras palabras, el principio jurídico de la dignidad conlleva cargas relativas no sólo al respeto estricto por las decisiones de los individuos, **sino sobre todo relativas al respeto por las consecuencias de dichas decisiones, siendo esto es lo que precisamente protege el derecho a la**

**intimidad sexual.** El Estado constitucional de derecho no sólo tiene el deber de fomentar el autorespeto en sus asociados, sino que además ello resulta más conveniente para lograr un orden social de altos estándares.

### **2.3. LIMITES**

Las regulaciones jurídicas de la conducta sexual encuentran límite en el derecho a la intimidad sexual. Dichas regulaciones sólo podrán restringir entonces, conductas sexuales que atenten contra la autonomía y la intimidad de terceros, y no podrán tener como contenido la adjudicación de consecuencias jurídicas restrictivas según el gusto, la tendencia o cualquier manifestación práctica de la sexualidad, pues esto pertenece a la esfera inviolable del proyecto de vida íntima.

Las nociones de respeto y *autorespeto* en este contexto suponen que ninguna persona carece de sexualidad, que toda sexualidad tiene comportamientos consecuentes, y que todo comportamiento sexual es el resultado que realiza (que es debido) y que merece la elección particular de la visión propia que se ha adoptado sobre la sexualidad.

### **2.4. IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL**

Del mismo modo, resulta necesario indicar que la intimidad sexual no sólo es indisponible para terceros, sino que además es irrenunciable. Esto se explica por qué la intimidad sexual supone el respeto por las conductas que una persona encuentra necesarias para satisfacer su íntima visión de la sexualidad. La autonomía, configura en este aspecto un bien del que dispone el individuo para, entre otros, forjar una sexualidad propia. De este modo, el ejercicio de la autonomía es el único camino que el ordenamiento jurídico acredita para construir todo tipo de sexualidad. Entonces, la visión personal de la sexualidad no puede implicar un proyecto de vida íntima sin autonomía.

## 2.3. Definición de términos

### 2.3.1. ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL

*Situación jurídica que se caracteriza por el retiro injustificado del hogar, por cualquiera de los cónyuges. Ésta constituye causal de divorcio y separación de cuerpos.*

*Para PERALTA ANDÍA, consiste: “...en el alejamiento de la casa conyugal o en el rehusamiento de volver a ella por uno de los cónyuges en forma injustificada.”*

*Esta causal implica la suspensión de la vida en común con el alejamiento de uno de ellos. Se pierden algunos deberes como el de cohabitación. El abandono se produce de manera unilateral; es decir, por voluntad propia. (AA.VV., 2016, p. 70)*

### 2.3.2. DIVORCIO

*Del latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales o insubsanables. (Cabanellas, 2006, p. 162)*

*Causa de disolución del matrimonio caracterizada por la ruptura del vínculo conyugal en virtud de una decisión judicial, ya sea a petición conjunta de*

*ambos cónyuges o de uno solo, atendiendo a algunas de las causas legalmente admitidas. Da lugar a un nuevo estado civil, el de divorciado, con determinados derechos y obligaciones. (ORTIZ & PÉREZ, 2004, p. 133)*

### **2.3.3. HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE**

*La Homosexualidad es otra causal que origina la disolución del vínculo matrimonial, el homosexualismo atracción que tiene uno de los cónyuges hacia otra persona del mismo sexo: hombre – hombre y mujer – mujer, obteniendo una relación carnal, ésta puede ser activa o pasiva; será activa cuando asume el comportamiento del hombre y; pasivo el papel de una mujer; existen varias clases de homosexualismo: Amaneramiento, Bisexualismo, Lesbianismo, Pederastia, Travestismo, Transexualismo.*

*Según ALEX PLÁCIDO “la homosexualidad se caracteriza por que el individuo siente atracción sexual por otra persona de su mismo sexo, por lo que puede ser masculina o femenina (lesbianismo).” (AA.VV., 2016, p. 350)*

### **2.3.4. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO**

*Finalización del matrimonio por algunas de las causas previstas en la ley: la muerte, la declaración de fallecimiento o el divorcio. (ORTIZ & PÉREZ, 2004, p. 132 )*



### **2.3.5. DIVORCIO SANCIÓN**

*Cuando el juez aprecia la existencia de una falta contra los deberes matrimoniales, legalmente tipificada, imputable a uno o a los dos cónyuges.*

*Adoptado en diversos países europeos. (CASADO, 2009, p. 312 )*

### **2.3.6. DIGNIDAD**

*“La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.” (EXP. N.º 010-2002-AI/TC, F.j. 217)*

### **2.3.7. INTIMIDAD**

*Para el diccionario de la real academia, la intimidad es “La zona espiritual interna de una persona o un grupo, especialmente de una familia”. Hablar de derecho a la intimidad, es hablar de aquella facultad que tiene toda persona para determinar por sí misma, que ámbito de su vida privada puede ser propalada de manera abierta y ser de conocimiento a los demás; claro está que el mismo no implica una utilización arbitraria e irresponsable de dicha información, por el contrario, se debe respetar el honor y la dignidad de dicha persona. En la Constitución Política el artículo 2 inciso 7, señala que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Asa mismo, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a éste tema dentro del mismo*

*artículo 2: El impedimento que los servicios informáticos nos suministren informaciones que afecten al intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (Inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y de documentos privados (inciso 10); entre otros.*

*En tal medida, se considera que la intimidad está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimientos por otros trae aparejado algún daño.*

*Por último, de la revisión de la jurisprudencia del tribunal constitucional, observamos que a través de la sentencia del expediente N° 0072-2004 –AA/TC, la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución. En consecuencia, no solo se alude a un ámbito negativo sino también al positivo. (CHANAME, 2010, p. 333)*

### **2.3.8. VÍNCULO MATRIMONIAL**

*El vínculo matrimonial es la relación jurídica nacida con la celebración del matrimonio que da origen a un conjunto de consecuencias jurídicas de índole personal, familiar y patrimonial.*

*No siempre todas las consecuencias jurídicas con la celebración del matrimonio se mantienen a lo largo de toda la vigencia del vínculo matrimonial; así, el artículo 332 del Código Civil señala que la “separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial”. En este caso, a pesar de la “suspensión” de determinadas consecuencias jurídicas el vínculo matrimonial no decae manteniéndose vigentes determinadas consecuencias jurídicas, como la obligación alimenticia entre marido y mujer, por ejemplo.*

*No pasa lo mismo en los casos de divorcio, el cual es un supuesto idóneo para hacer decaer el vínculo matrimonial, tal como lo señala el artículo 348 del Código Civil. El vínculo matrimonial también decae por otras situaciones como la muerte de uno de los cónyuges (Esquivel et al., 2013, p. 525).*

### **2.3.9. ADULTERIO**

*“En términos generales se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados, con quien no es su cónyuge.*

*Se trata, por ello, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad (continencia sexual conyugal) recíproco que se deben los cónyuges.*

*A los efectos de la separación de cuerpos o el divorcio, el adulterio no queda tipificado de modo distinto para la mujer y para el marido. Como todo acto ilícito, el adulterio requiere no solo el elemento material constituido por la unión sexual fuera del lecho conyugal, sino la imputabilidad del cónyuge que determina la atribución de culpabilidad. Por tal razón, no incurriría en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con un hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible -supuesto de violación- o en el singular caso de que tuviera relaciones con quien cree que es su marido sin serlo. De este modo, con la concurrencia de ambos elementos, de naturaleza objetiva uno (copula sexual) y subjetiva el otro (intencionalidad), que puede configurarse el adulterio.*

*Asimismo, el adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente. Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones, graves, precisas y concordantes; como ocurre por ejemplo con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de este; la prueba del concubinato público, etc. en todo caso, si ellas tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán para configurar la causal de injuria grave, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo con las circunstancias del caso.*

*Sobre esta causal debe considerarse que es improcedente su invocación si el cónyuge que la imputa provocó, consistió o perdonó el adulterio. La misma consecuencia se produce si media cohabitación entre los cónyuges con posterioridad al conocimiento del adulterio, lo que también impide proseguir con el proceso, según lo establece el artículo 336 del Código Civil.*

*De otra parte, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida, como lo establece el artículo 339 del Código Civil.*

*A este respecto, debe observarse que el plazo máximo de cinco años establece el límite temporal mayor para ejercer la pretensión, dentro del cual debe tomarse conocimiento de la causa por el ofendido. No obstante, la pretensión siempre estará expedida mientras subsista el adulterio (caso del adulterio continuado, como cuando se tiene una vigente y actual relación de convivencia extramatrimonial), por cuanto no han concluido los efectos del mismo para considerarlo un hecho producido.*

*(Esquivel et al., 2013, pp. 32-33).*

### **2.3.10. SEPARACIÓN CONVENCIONAL**

*Los actuales sistemas legislativos admiten el mutuo consentimiento, tanto en la separación de cuerpos como en el divorcio. De esta manera se evita la inculpación recíproca de los cónyuges, real o fingida, para obtener la sentencia. En el aspecto procesal, se contempla un procedimiento más*

*sencillo y, por lo tanto, menos costos. Por su parte, en cuanto a los efectos de la sentencia de separación, el acuerdo de los cónyuges permite regular de mejor modo lo referente a los hijos y bienes del matrimonio.*

*Este último aspecto es decisivo y condiciona la obtención de una sentencia de separación. El juez debe examinar si las condiciones estipuladas por los cónyuges son aceptables, desde el punto de vista del interés familiar; especialmente respeto de los hijos menores. Debe poder rechazar el convenio y negar su homologación si esas condiciones no son aceptables para que los cónyuges presenten otras distintas a la vista de sus observaciones.*

*La legislación peruana consagra a la separación convencional como una causal de separación de cuerpos y de divorcio en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

*a) Transcurso de los dos primeros años del matrimonio.*

*Se exige que para invocar esta causal hayan transcurrido por lo menos dos años de la celebración del matrimonio. Este requisito se constituye como una garantía de la serie del propósito de separación y sirve como periodo de reflexión a los cónyuges frente a apresuradas decisiones cuando, después de celebrado el matrimonio, surgen inmediatamente desavenencias o problemas conyugales.*

b) *Consentimiento inicial de ambos cónyuges.*

*El consentimiento recíproco, que sugiere el término “separación convencional”, debe manifestarse con la presentación de la demanda en forma conjunta. El sistema jurídico peruano no admite la modalidad de la presentación de la demanda por uno solo de los cónyuges y la posterior adhesión del otro. No obstante, se permite a cualquiera de los cónyuges revocar el asentimiento inicialmente prestado, dentro de los treinta días posteriores a la audiencia respectiva (artículo 344 del Código Civil, concordado con el artículo 578 del Código Procesal Civil)*

c) *Presentación con la demanda de la propuesta de convenio regulador de los regímenes familiares de los cónyuges.*

*El contenido mínimo de este convenio está referido a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales.*

d) *Aprobación judicial de la separación convencional.*

*La sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los derechos inherentes a la patria potestad y derechos de los menores e incapaces (artículo 570 del Código Procesal Civil).*

e) *Sometimiento a la vida del proceso sumarísimo.*

*La separación convencional se sujeta al trámite del proceso sumarísimo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 573 del Código Procesal Civil. (Esquivel et al., 2013, pp. 454-455)*

### **2.3.11. SEPARACIÓN DE CUERPOS**

*Es la cesación de los deberes de la vida común de los cónyuges, por decisión judicial y que produce efectos de orden personal entre los mismos y de orden patrimonial en cuanto a los bienes. La separación de cuerpo suspende los deberes relativos al hecho y habitación y pone fin al registro patrimonial de la sociedad de ganancias, dejando subsistente el vínculo matrimonial, de conformidad con el Art.333 del referido cuerpo de leyes. (ALFARO, 2002, p. 823)*

### **2.3.12. SEPARACIÓN DE HECHO**

*Interrupción por parte de los cónyuges del deber de cohabitación u Cese efectivo de la convivencia conyugal. . (CASADO, 2009, p. 741 )*

### **2.3.13. VIOLENCIA**

*Situación o estado contrario o naturaleza, modo o índole. Empleo de la fuerza para arrancar el consentimiento. Ejecución forzosa de algo, con independencia de su legalidad o ilicitud. Coacción, a fin de que se haga lo que uno no quiere, o se abstenga de lo que sin ello se querría o se podría hacer. Presión moral. presión. Fuerza. Violación de la mujer (v.), contra su voluntad especialmente. Todo acto contra justicia y razón. Proceder*



*contra normalidad o naturaleza. Modo compulsivo o brutal para obligar a algo. I Interpretación excesiva o por demás amplia de algo. (Cabanellas, 2006, pp. 492 - 493)*

## CAPÍTULO 3. Metodológico

### 3.1. Tipo de investigación

#### 3.1.1. Por su finalidad

De acuerdo su finalidad, la presente investigación es *básica*, ello debido a que la presente investigación está dirigida a la búsqueda de nuevos conocimientos y nuevos campos de investigación sin un fin práctico específico e inmediato.

#### 3.1.2. Por su profundidad

De acuerdo a su profundidad, la presente investigación es *Descriptiva*, por cuanto tiene como objetivo central la descripción de los fenómenos. Asimismo, la presente investigación busca especificar propiedades, características y particularidades relevantes de cualquier fenómeno.

#### 3.1.3. Por su naturaleza

De acuerdo a su profundidad, la presente investigación es *Documental*, toda vez que la presente investigación se basó en textos presentados en libros y artículos especializados, los cuales dan respaldo a la presente investigación.

### 3.2. Material de estudio

#### 3.2.1. Población

Para la presente investigación se ha contado con la siguiente población:

- a) Todos los jueces superiores en lo civil que laboran en la corte superior de justicia de La Libertad,
- b) Todos los jueces de familia que laboran en la corte superior de justicia de La Libertad, y

- c) Todos los fiscales especializados en familia que laboran en el Ministerio Público – Distrito Fiscal de Trujillo y
- d) Todos los docentes universitarios especializados en Derecho de Familia que dictan dicha cátedra en las universidades de la ciudad de Trujillo.

### **3.2.2. Muestra**

Para la presente investigación se ha contado con la siguiente muestra:

- a) 9 jueces superiores en lo civil,
- b) 5 fiscales especializados en familia,
- c) 6 Jueces de familia y
- d) 6 docentes universitarios especializados en Derecho de familia que dictan dicha cátedra en las universidades: UPAO, UCV y UNT.

### **3.2.3. Unidad de análisis**

Se tendrá en cuenta las unidades de análisis para el desarrollo de la investigación:

- a) Código Civil de 1984.
- b) 9 jueces superiores en lo civil,
- c) 5 fiscales especializados en familia,
- d) 6 Jueces de familia y
- e) 6 docentes universitarios especializados en Derecho de familia que dictan dicha cátedra en las universidades: UPAO, UCV y UNT.
- f) Estadísticas referida a los procesos de divorcio por causal tramitados en la corte superior de justicia de La Libertad.

### **3.2.4. Métodos**

Para la presente investigación se emplearán los siguientes métodos:

#### **3.2.4.1. MÉTODO EXEGÉTICO.**

Mediante este método, se busca desentrañar el sentido de las normas vinculadas a la institución del divorcio; así como descubrir el sentido de las normas vinculadas a dicha institución en el Derecho Comparado.

#### **3.2.4.2. MÉTODO DOCTRINARIO.**

Este método será de mucha utilidad para el desarrollo de la parte doctrinaria de nuestra investigación, dado que será necesario al momento de seleccionar información con bases doctrinarias referidas al tema a investigar, tanto de autores nacionales como internacionales sobre un determinado punto.

#### **3.2.4.3. MÉTODO SINTÉTICO.**

El cual será empleado para analizar los artículos y demás doctrina concerniente al tema materia de la presente investigación. Asimismo, este método será empleado al momento de efectuar las entrevistas dirigidas a jueces superiores en lo civil, fiscales especializados en familia, Jueces de familia y docentes universitarios especializados en Derecho de familia, para la obtención de resultados, hipótesis y en las conclusiones.

#### **3.2.4.4. MÉTODO HERMENÉUTICO.**

El método hermenéutico servirá para interpretar las normas vinculadas con la institución del divorcio. Del mismo modo, nos permitirá poder interpretar la normativa comparada referida al divorcio remedio.

### 3.3. Recolección de datos

Las técnicas son procedimientos sistematizados, operativos que sirven para la solución de problemas prácticos. Las técnicas deben ser seleccionadas teniendo en cuenta lo que se investiga, porqué, para qué y cómo se investiga. (ABANTO, 2012, p. 35).

En tanto que, Los instrumentos son medios auxiliares que sirven para recoger y registrar los datos obtenidos a través de las técnicas (ABANTO, 2012, p. 35).

Por lo expuesto, en la presente investigación se emplearán las siguientes técnicas e instrumentos respectivamente:

- ***La observación.***

Técnica que se efectuará de manera discreta, sin que las personas se den cuenta que son observadas o de forma abierta por medio de observación personal. (RAMÍREZ, 2010, p. 290). Para ello, se empleara como instrumento la *Guía de Observación, el cual es* documento en el cual se procederá a recabar toda la información pertinente para la investigación.

- ***La entrevista.***

Técnica que implica la formulación de preguntas a una persona para comprender sus conocimientos y opiniones. A través de dicha técnica, el entrevistador pregunta al entrevistado y recibe de éste las respuestas pertinentes a la hipótesis de la investigación (RAMÍREZ, 2010, p. 292). Para ello, se empleará como instrumento la *guía de entrevista,* para la captación de datos, con el objetivo de recabar las opiniones de los especialistas en materia de contrataciones del Estado.

- *El análisis de documentos.*

El análisis de documentos consiste en el examen cualitativo de los documentos elaborados por los especialistas en el tema materia de investigación.

Por ello, se empleará la *guía de análisis de documentos*, con el cual se busca recabar la información valorativa sobre los documentos especializados relacionados con el objeto motivo de investigación.

### **3.4. Análisis de datos**

Para el desarrollo del Capítulo IV: Resultados y discusión se procedió a elaborar cuadros y gráficos en base a las respuestas proveídas por los especialistas. Para dicho fin, se procederá a emplear a el programa de Microsoft Excel, con la intención de efectuar cuadros y diagramas.

## CAPÍTULO 4. Resultados y Discusión

### SUBCAPÍTULO I

#### TRAMITE DEL DIVORCIO POR CAUSAL EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

#### 1. NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL AÑO 2014

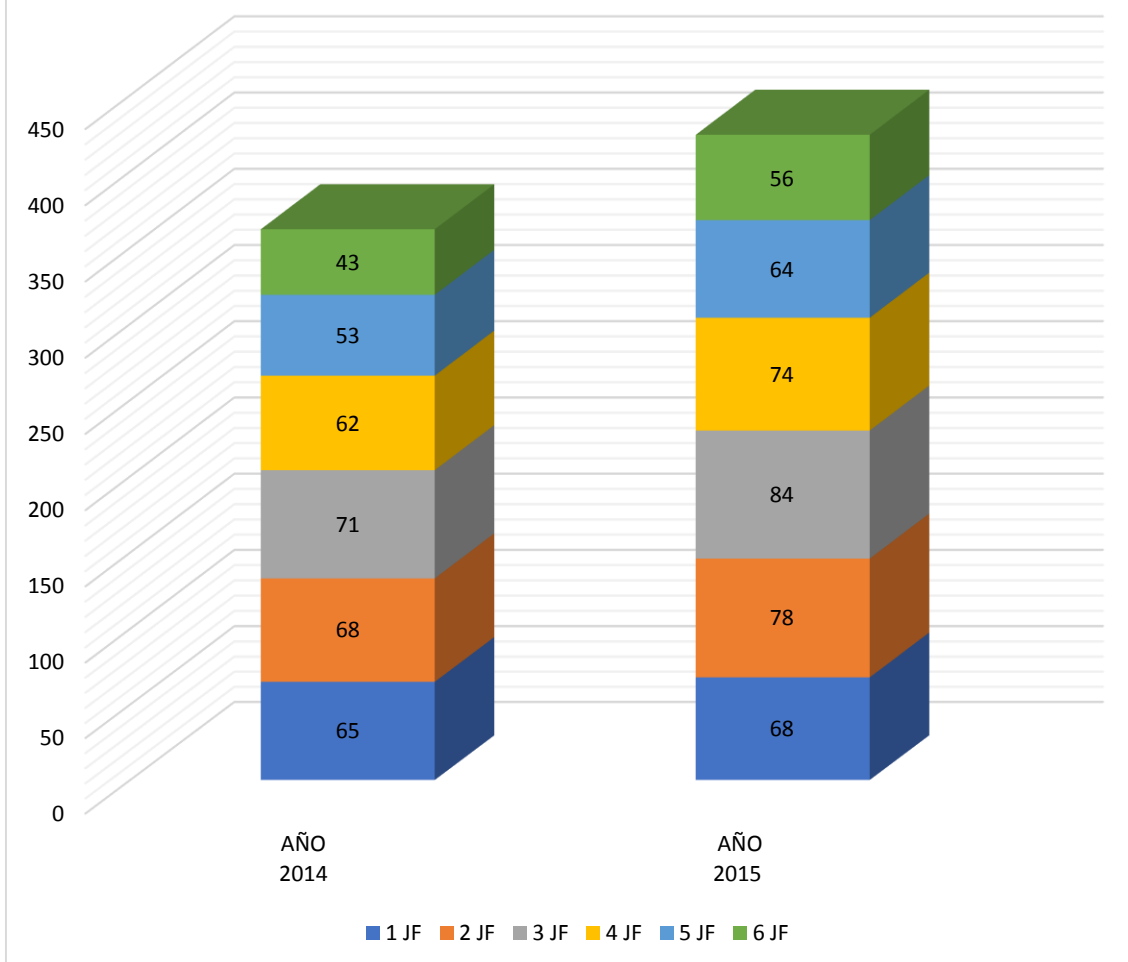
#### CUADRO N° 01

#### NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL TRAMITADOS POR LOS JUZGADOS DE FAMILIA EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD DURANTE EL BIENIO 2014 -2015

JUZGADO DE FAMILIA	AÑO 2014	AÑO 2015	TOTAL GENERAL POR JUZGADO	%
1 JF	65	68	133	16.92%
2 JF	68	78	146	18.58%
3 JF	71	84	155	19.72%
4 JF	62	74	136	17.30%
5 JF	53	64	117	14.89%
6 JF	43	56	99	12.60%
<b>TOTAL</b>	362	424	786	100.00%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en el Departamento de Estadística de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

**GRÁFICO N° 01**  
**NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO POR CAUSAL**  
**TRAMITADOS POR LOS JUZGADOS DE FAMILIA EN LA CORTE**  
**SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD DURANTE EL BIENIO**  
**2014 -2015**



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en el Departamento de Estadística de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

### **1.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 01**

A través del presente cuadro se ha podido apreciar el aumento considerable de los procesos de divorcios que vienen siendo tramitados en los juzgados especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, durante el periodo 2014 – 2015.



A simple vista se puede apreciar el aumento considerable que esta clase de proceso viene efectuándose. Así, podemos apreciar que **en el año 2014 hubo un total de 362 procesos tramitados**; de los cuales:

- a) 65 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***primer juzgado especializado en familia.***
- b) 68 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***segundo juzgado especializado en familia.***
- c) 71 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***tercer juzgado especializado en familia.***
- d) 62 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***cuarto juzgado especializado en familia.***
- e) 53 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***quinto juzgado especializado en familia.***
- f) 43 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***sexto juzgado especializado en familia.***

Mientras que en el año subsiguiente, el número de procesos de divorcio por causal tramitados en los juzgados especializados en familia ascendió a **424 procesos**; de los cuales:

- a) 68 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***primer juzgado especializado en familia.***
- b) 78 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***segundo juzgado especializado en familia.***
- c) 84 procesos de divorcio por causal pertenecen al ***tercer juzgado especializado en familia.***

- d) 74 procesos de divorcio por causal pertenecen al *cuarto juzgado especializado en familia*.
- e) 64 procesos de divorcio por causal pertenecen al *quinto juzgado especializado en familia*.
- f) 56 procesos de divorcio por causal pertenecen al *sexto juzgado especializado en familia*.

Como se puede apreciar, durante el bienio materia de investigación hubo un incremento de manera considerable.

## **1.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 01**

A través del presente cuadro se ha podido apreciar el aumento considerable de los procesos de divorcios que vienen siendo tramitados en los juzgados especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, durante el periodo 2014 – 2015.

Así, pudimos ver que **en el año 2014 hubo un total de 362 procesos tramitados**; mientras que, en el año subsiguiente, el número de procesos de divorcio por causal tramitados en los juzgados especializados en familia ascendió a **424 procesos**.

En vista a lo señalado en el párrafo anterior, se puede apreciar que los procesos que son tramitados en la corte superior de justicia de La Libertad, durante los años 2014 y 2015 respectivamente, han ido en aumento. Más aún si aprecia el aumento considerable que ha tenido cada uno de los juzgados

especializados en familia. En ese sentido, se aprecia que cada uno de los juzgados aumento en 10 procesos en comparación al año anterior; a excepción del primer juzgado de familia, donde solo aumento 3 procesos en el año 2015.

Del mismo modo, se aprecia que los juzgados con mayor carga procesal en esta materia fueron: 2do juzgado especializado en familia y el 3er juzgado de familia. Mientras que el juzgado que conto con menos carga procesal fue el 6to juzgado de familia.

Como podemos apreciar, durante el bienio 2014 – 2015, los procesos de divorcio por causal han ido en aumento considerable.

**2. NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL AÑO 2014 – SEGÚN LA CAUSAL SOLICITADA.**

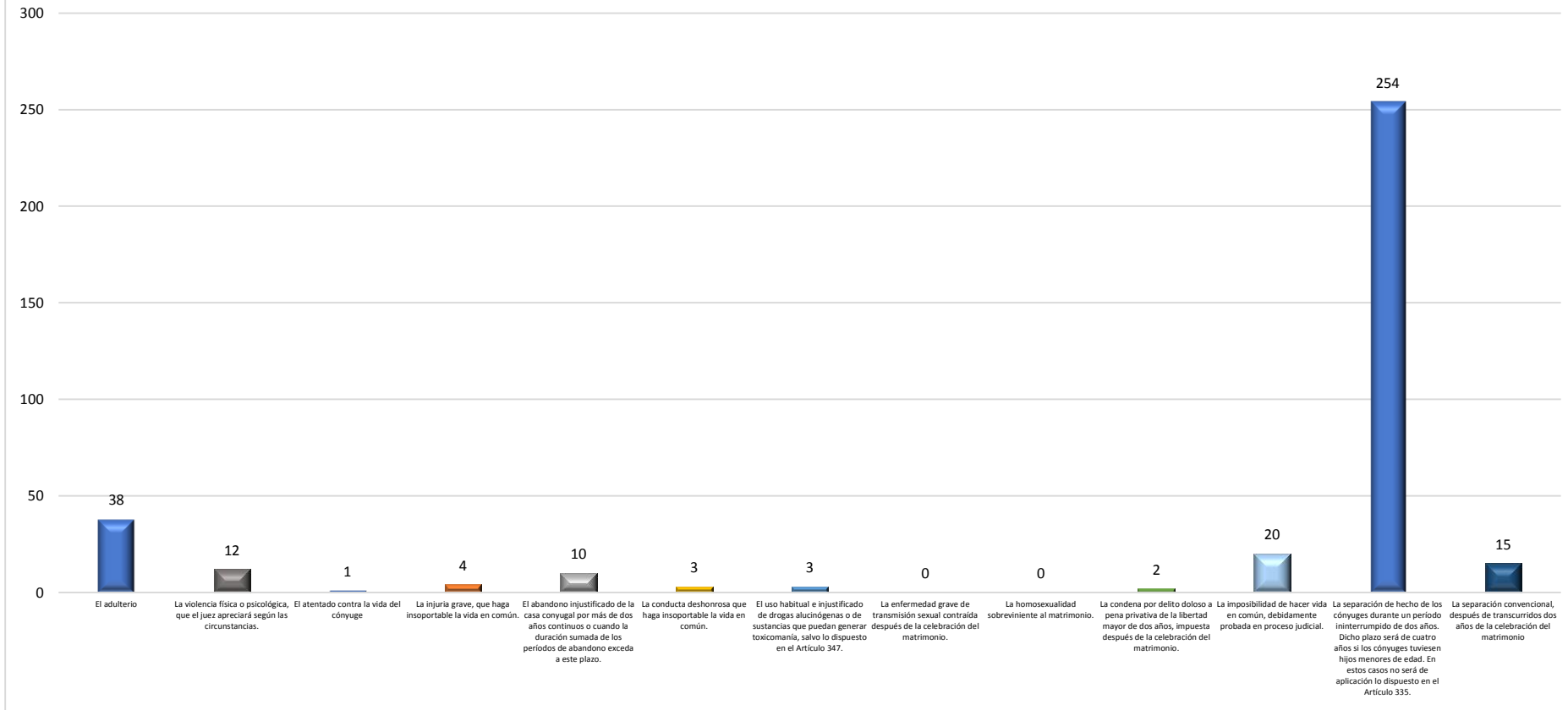
**CUADRO N° 02**

**NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL AÑO 2014 (SEGÚN LA CAUSAL SOLICITADA)**

INC.	CAUSALES	JUZGADOS DE FAMILIA						TOTAL	%
		1JF	2JF	3JF	4JF	5JF	6JF		
INC. 1)	El adulterio	9	7	6	7	5	4	38	10.50%
INC. 2)	La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.	1	3	2	2	2	2	12	3.31%
INC. 3)	El atentado contra la vida del cónyuge						1	1	0.28%
INC. 4)	La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.		1	2	1			4	1.10%
INC. 5)	El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.	3	2	1		1	3	10	2.76%
INC. 6)	La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.		1	1	1			3	0.83%
INC. 7)	El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.		1		1	1		3	0.83%
INC. 8)	La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.							0	0.00%
INC. 9)	La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.							0	0.00%
INC. 10)	La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.	1		1				2	0.55%
INC. 11)	La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.	5	3	4	3	3	2	20	5.52%
INC. 12)	La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.	43	46	51	45	39	30	254	70.17%
INC. 13)	La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio	3	4	3	2	2	1	15	4.14%
		65	68	71	62	53	43	362	100.00%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en el Departamento de Estadística de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

**GRÁFICO N° 02**  
**NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL AÑO 2014**  
**(SEGÚN LA CAUSAL SOLICITADA)**



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en el Departamento de Estadística de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

## **2.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 02**

Mediante el presente cuadro, se puede apreciar los procesos de divorcio tramitados en los juzgados especializados en familia durante el año 2014. Cabe indicar que en este cuadro se ha procedido a disgregar de acuerdo a las causales establecidas en el artículo 333° del código civil, con la intención de identificar cuáles son las causales más empleadas y cuáles no.

En vista a lo señalado en la parte in fine del párrafo anterior, procederemos a presentar el total de procesos de divorcio, de acuerdo a las causales establecidas en el artículo precitado.

### **a) El adulterio**

Esta causal fue invocada por parte de los litigantes en 38 procesos que fueron iniciados en el año 2014. Cabe indicar que los 362 procesos de divorcio por causal, esta causal representa el 10.50% del total.

Cabe indicar que del total de procesos de adulterio tramitados durante el año 2014: 9 procesos pertenecen al 1er juzgado de familia, 7 procesos pertenecen al 2do juzgado de familia, 6 procesos pertenecen al 3er juzgado de familia, 7 procesos pertenecen al 4to juzgado de familia, 5 procesos pertenecen al 5to juzgado de familia y por último 6 procesos pertenecen al 6to juzgado de familia.

b) **La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.**

Esta causal fue invocada por parte de los litigantes en 12 procesos que fueron iniciados en el año 2014. Cabe indicar que los 362 procesos de divorcio por causal, esta causal representa el 3.31% del total.

Cabe indicar que del total de procesos de adulterio tramitados durante el año 2014: 1 proceso pertenecen al 1er juzgado de familia, 3 procesos pertenecen al 2do juzgado de familia, 2 procesos pertenecen al 3er juzgado de familia, 2 procesos pertenecen al 4to juzgado de familia, 2 procesos pertenecen al 5to juzgado de familia y por último 2 procesos pertenecen al 6to juzgado de familia.

c) **El atentado contra la vida del cónyuge**

Esta causal fue invocada por parte de los litigantes en 1 proceso que fue iniciados en el año 2014. Cabe indicar que los 362 procesos de divorcio por causal, esta causal representa el 0.28% del total; siendo tramitado este único proceso en el 6to juzgado de familia.

d) **La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.**

La causal de injuria grave fue invocada por los litigantes en 4 procesos; representando el 1.10% del total; siendo tramitados en el 2 juzgado de familia (1 proceso), 3er juzgado de familia (2 procesos) y 4to juzgado de familia (1 proceso).

- e) **El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.**

La causal de abandono injustificado de la casa conyugal fue invocada por los litigantes en 10 procesos; representando el 2.76% del total.

Los 10 procesos de divorcio por abandono injustificado de la casa conyugal pertenecen a: 1er juzgado de familia (3 procesos), 2do juzgado de familia (2 procesos), 3er juzgado de familia (1 proceso), 5to juzgado de familia (1 proceso) y 6to juzgado de familia (3 procesos).

- f) **La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.**

Esta causal fue invocada por los litigantes en 3 procesos; representando el 0.83% del total. Los procesos fueron tramitados en: 2do juzgado de familia (1 proceso), 3er juzgado de familia (1 proceso) y 4to juzgado de familia (1 proceso).

- g) **El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.**

Esta causal fue invocada por los litigantes en 3 procesos; representando el 0.83% del total. Los procesos fueron tramitados en: 2do juzgado de familia (1 proceso), 4to juzgado de familia (1 proceso) y 5to juzgado de familia (1 proceso).



h) **La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.**

Esta causal no fue invocada por los litigantes durante el año 2014; representando el 0.00%

i) **La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.**

Al igual que la causal anterior, esta causal no fue invocada por los litigantes durante el año 2014; representando el 0.00%

j) **La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.**

La causal de condena por delito doloso a pena privativa fue tramitada en 2 juzgados los cuales fueron: 1er juzgado de familia (1 proceso) y 3er juzgado de familia (1 proceso).

k) **La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.**

Esta causal cuenta con un total de 20 procesos que se iniciaron durante el año 2014, representando el 5.52% del total. Cabe indicar que los citados procesos viendo siendo tramitados en los siguientes juzgados especializados de familia: 1er juzgado de familia (5 procesos), 2do juzgado de familia (3 procesos), 3er juzgado de familia (4 procesos), 4to juzgado de familia (3 procesos), 5to juzgado de familia (3 procesos) y 6to juzgado de familia (3 procesos).

- l) **La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.**

Esta causal cuenta con un total de 254 procesos que se iniciaron durante el año 2014, representando el 70.17% del total. Cabe indicar que los citados procesos viéndose tramitados en los siguientes juzgados especializados de familia: 1er juzgado de familia (43 procesos), 2do juzgado de familia (46 procesos), 3er juzgado de familia (51 procesos), 4to juzgado de familia (45 procesos), 5to juzgado de familia (39 procesos) y 6to juzgado de familia (30 procesos).

- m) **La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio**

La última causal del artículo 333° fue invocada en 15 procesos que se iniciaron durante el año 2014, representando el 4.14% del total. Cabe indicar que los citados procesos viéndose tramitados en los siguientes juzgados especializados de familia: 1er juzgado de familia (3 procesos), 2do juzgado de familia (4 procesos), 3er juzgado de familia (3 procesos), 4to juzgado de familia (2 procesos), 5to juzgado de familia (2 procesos) y 6to juzgado de familia (1 proceso).

## **2.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 02**

En el cuadro N° 02 se aprecia los procesos de divorcio tramitados en los juzgados especializados en familia durante el año 2014. A diferencia del cuadro

N° 01, en donde aparecen la totalidad de procesos que se vienen tramitando en los seis juzgados de familia dentro del bienio 2014 – 2015; en este cuadro se ha procedido a disgregar los procesos, según las causales que se encuentran prescritas en el artículo 333° del código civil, con la intención de identificar cuáles son las causales más empleadas y cuáles no.

Así, se ha podido apreciar que la causal que mayormente emplean los litigantes es la separación de hecho, la misma que se encuentra prescrita en el inciso 12) del artículo 333° del código civil. Seguidamente de dicha causal, podemos apreciar que la causal de adulterio (inc. 1) del artículo 333° del código civil), es la segunda causal más empleada. Mientras que las causales de imposibilidad de hacer vida en común (inc. 11) del artículo 333° del código civil) y violencia física y psicológica (inc. 2) del artículo 333° del código civil); ocupan el tercer y cuarto lugar.

Asimismo, se aprecia que la causal de separación convencional (inc. 13) no es muy empleada por los litigantes, lo cual demuestra que hoy en día resulta muy difícil a los cónyuges llegar a un acuerdo amigable para la disolución del vínculo marital.

Además de lo acotado, se evidencia que la causal de homosexualidad sobreviniente -prescrita en el inciso 9) del artículo 333° del código civil- no es empleada por parte de los litigantes como causal de divorcio. Ello ocurre también con la con la causal establecida en el inciso 8) del artículo precitado, referido a la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

**3. NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL AÑO 2015 – SEGÚN LA CAUSAL SOLICITADA.**

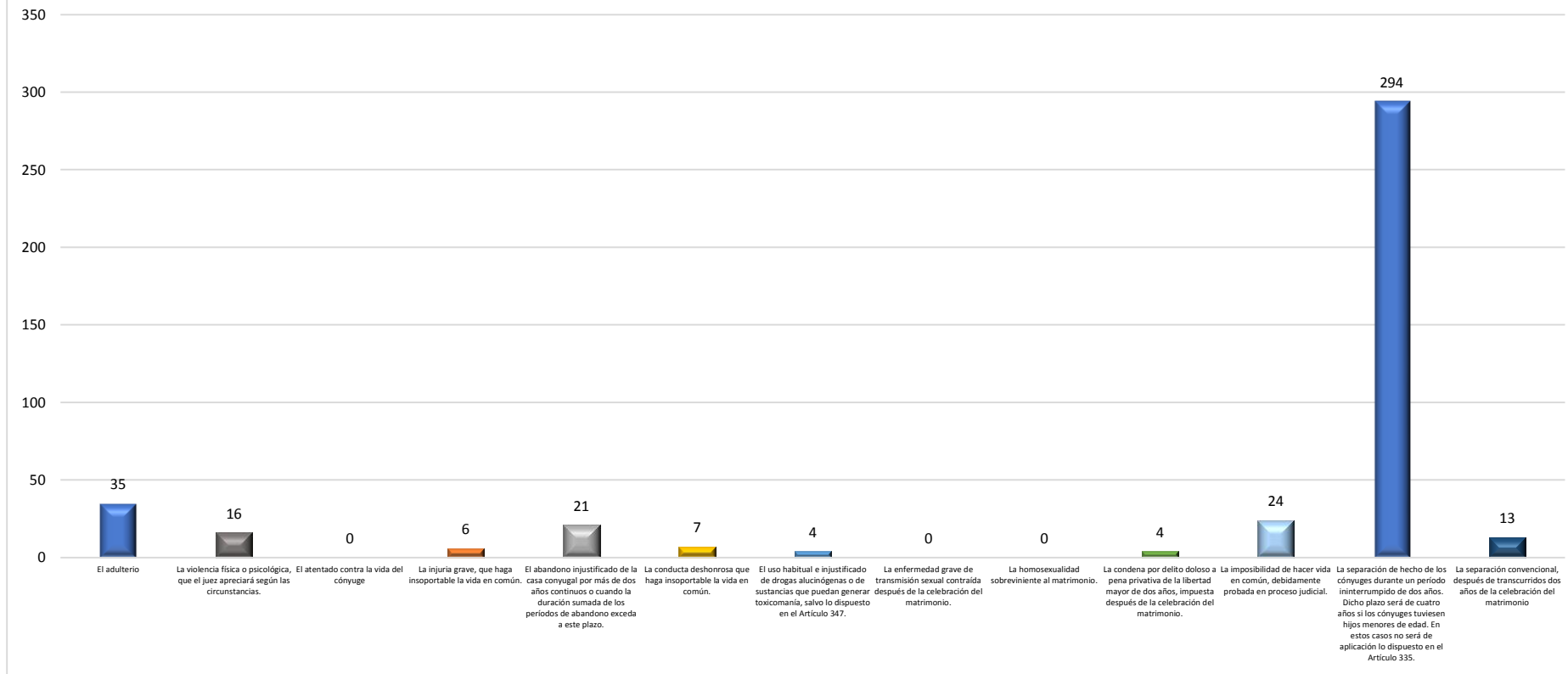
**CUADRO N° 03**

**NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL AÑO 2015 (SEGÚN LA CAUSAL SOLICITADA)**

INC.	CAUSALES	JUZGADOS DE FAMILIA						TOTAL	%
		1JF	2JF	3JF	4JF	5JF	6JF		
INC. 1)	El adulterio	6	6	8	5	5	5	35	8.25%
INC. 2)	La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.	2	3	2	3	3	3	16	3.77%
INC. 3)	El atentado contra la vida del cónyuge							0	0.00%
INC. 4)	La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.	2		3		1		6	1.42%
INC. 5)	El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.	7	3	3	5		3	21	4.95%
INC. 6)	La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.	3	2	2				7	1.65%
INC. 7)	El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.		3	1				4	0.94%
INC. 8)	La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.							0	0.00%
INC. 9)	La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.							0	0.00%
INC. 10)	La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.	2		2				4	0.94%
INC. 11)	La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.	4	5	5	4	3	3	24	5.66%
INC. 12)	La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.	39	54	57	56	49	39	294	69.34%
INC. 13)	La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio	3	2	1	1	3	3	13	3.07%
		68	78	84	74	64	56	424	100.00%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en el Departamento de Estadística de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

**GRÁFICO N° 03**  
**NÚMERO DE PROCESOS DE DIVORCIO TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA**  
**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD EN EL AÑO 2015**  
**(SEGÚN LA CAUSAL SOLICITADA)**



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en el Departamento de Estadística de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

### **3.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 03**

Mediante el presente cuadro, se puede apreciar los procesos de divorcio tramitados en los juzgados especializados en familia durante el año 2015. Cabe indicar que en este cuadro se ha procedido a disgregar de acuerdo a las causales establecidas en el artículo 333° del código civil, con la intención de identificar cuáles son las causales más empleadas y cuáles no.

En vista a lo señalado en la parte in fine del párrafo anterior, procederemos a presentar el total de procesos de divorcio, de acuerdo a las causales establecidas en el artículo precitado.

#### **a) El adulterio**

Esta causal fue invocada por parte de los litigantes en 35 procesos que fueron iniciados en el año 2014. Cabe indicar que los 424 procesos de divorcio por causal, esta causal representa el 8.25% del total.

Cabe indicar que del total de procesos de adulterio tramitados durante el año 2015: 6 procesos pertenecen al 1er juzgado de familia, 6 procesos pertenecen al 2do juzgado de familia, 8 procesos pertenecen al 3er juzgado de familia, 5 procesos pertenecen al 4to juzgado de familia, 5 procesos pertenecen al 5to juzgado de familia y por último 5 procesos pertenecen al 6to juzgado de familia.

b) **La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.**

Esta causal fue invocada por parte de los litigantes en 16 procesos que fueron iniciados en el año 2015. Cabe indicar que los 424 procesos de divorcio por causal, esta causal representa el 3.77% del total.

Cabe indicar que del total de procesos de adulterio tramitados durante el año 2014: 2 proceso pertenecen al 1er juzgado de familia, 3 procesos pertenecen al 2do juzgado de familia, 2 procesos pertenecen al 3er juzgado de familia, 3 procesos pertenecen al 4to juzgado de familia, 3 procesos pertenecen al 5to juzgado de familia y por último 3 procesos pertenecen al 6to juzgado de familia.

c) **El atentado contra la vida del cónyuge**

Esta causal no fue invocada por los litigantes durante el año 2015; representando el 0.00%

d) **La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.**

La causal de injuria grave fue invocada por los litigantes en 6 procesos; representando el 1.42% del total; siendo tramitados en el 1er juzgado de familia (2 proceso), 3er juzgado de familia (3 procesos) y 5to juzgado de familia (1 proceso).

- e) **El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.**

La causal de abandono injustificado de la casa conyugal fue invocada por los litigantes en 21 procesos; representando el 4.95% del total.

Los 21 procesos de divorcio por abandono injustificado de la casa conyugal pertenecen a: 1er juzgado de familia (7 procesos), 2do juzgado de familia (3 procesos), 3er juzgado de familia (3 procesos), 4to juzgado de familia (5 procesos) y 6to juzgado de familia (3 procesos).

- f) **La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.**

Esta causal fue invocada por los litigantes en 7 procesos; representando el 1.65 % del total. Los procesos fueron tramitados en: 1er juzgado de familia (3 procesos), 2do juzgado de familia (2 procesos) y 3er juzgado de familia (2 procesos).

- g) **El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.**

Esta causal fue invocada por los litigantes en 4 procesos; representando el 0.94% del total. Los procesos fueron tramitados en: 2do juzgado de familia (3 procesos) y 3er juzgado de familia (1 proceso).



h) **La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.**

Al igual que en el año 2014, esta causal no fue invocada por los litigantes durante el año 2015; representando el 0.00%

i) **La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.**

Al igual que la causal anterior, esta causal no fue invocada por los litigantes durante el año 2015; representando el 0.00%

j) **La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.**

La causal de condena por delito doloso a pena privativa fue tramitada en 2 juzgados los cuales fueron: 1er juzgado de familia (2 proceso) y 3er juzgado de familia (2 proceso); representando el 0.94% del total.

k) **La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.**

Esta causal cuenta con un total de 24 procesos que se iniciaron durante el año 2015, representando el 5.66% del total. Cabe indicar que los citados procesos viendo siendo tramitados en los siguientes juzgados especializados de familia: 1er juzgado de familia (4 procesos), 2do juzgado de familia (5 procesos), 3er juzgado de familia (5 procesos), 4to juzgado de familia (4 procesos), 5to juzgado de familia (3 procesos) y 6to juzgado de familia (3 procesos).

- l) **La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.**

Esta causal cuenta con un total de 294 procesos que se iniciaron durante el año 2015, representando el 69.34% del total. Cabe indicar que los citados procesos viéndose tramitados en los siguientes juzgados especializados de familia: 1er juzgado de familia (39 procesos), 2do juzgado de familia (54 procesos), 3er juzgado de familia (57 procesos), 4to juzgado de familia (56 procesos), 5to juzgado de familia (49 procesos) y 6to juzgado de familia (39 procesos).

- m) **La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio**

La última causal del artículo 333° fue invocada en 15 procesos que se iniciaron durante el año 2015, representando el 3.07% del total. Cabe indicar que los citados procesos viéndose tramitados en los siguientes juzgados especializados de familia: 1er juzgado de familia (3 procesos), 2do juzgado de familia (2 procesos), 3er juzgado de familia (1 proceso), 4to juzgado de familia (1 proceso), 5to juzgado de familia (3 procesos) y 6to juzgado de familia (3 procesos).

### **3.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 03**

En el cuadro N° 03 se aprecia los procesos de divorcio tramitados en los juzgados especializados en familia durante el año 2015. Al igual que el cuadro

N° 02, en este cuadro se ha procedido a disgregar los procesos, según las causales que se encuentran prescritas en el artículo 333° del código civil, con la intención de identificar cuáles son las causales más empleadas y cuáles no.

Así, se ha podido apreciar que la causal que mayormente emplean los litigantes es la separación de hecho, la misma que se encuentra prescrita en el inciso 12) del artículo 333° del código civil. De esta manera, podemos apreciar que en el bienio materia de estudio, la causal antes mencionada es la más empleada por los litigantes para proceder a la disolución de su vínculo conyugal.

Asimismo, apreciamos que la causal de adulterio (inc. 1) del artículo 333° del código civil), es la segunda causal más empleada. Mientras que las causales de imposibilidad de hacer vida en común (inc. 11) del artículo 333° del código civil) y abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos (inc. 4) del artículo 333° del código civil); ocupan el tercer y cuarto lugar.

Asimismo, se aprecia que la causal de separación convencional (inc. 13) no es muy empleada por los litigantes, lo cual demuestra que hoy en día resulta muy difícil a los cónyuges llegar a un acuerdo amigable para la disolución del vínculo marital.

Además de lo acotado, se evidencia que **la causal de homosexualidad sobreviniente -prescrita en el inciso 9) del artículo 333° del código civil- no es empleada por parte de los litigantes como causal de divorcio.** Ello ocurre también con la con las causales establecidas en los incisos 3) y 8) del artículo

precitado, referido al atentado contra la vida del cónyuge y la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio respectivamente.

## SUBCAPÍTULO II

### ENTREVISTA REALIZADA A ESPECIALISTAS

---

En el presente subcapítulo, procederemos a presentar las entrevistas que fueron suministradas por el investigador a los especialistas, los cuales no dieron su opinión respecto al tema de investigación planteado. Cabe indicar que los especialistas fueron: 6 jueces especializados en familia, 9 jueces superiores en lo civil, 5 fiscales especializados en familia y 6 docentes universitarios que dictan la cátedra de Derecho de Familia, los cuales pertenecen a las Universidades: UPAO, UCV y UNT.

---

#### **1. PREGUNTA N° 01**

**De acuerdo a su experiencia ¿Se interponen con mucha o poca frecuencia los procesos de divorcio? Fundamente su respuesta.**

- a) **Con mucha frecuencia.**
- b) **Con poca frecuencia.**

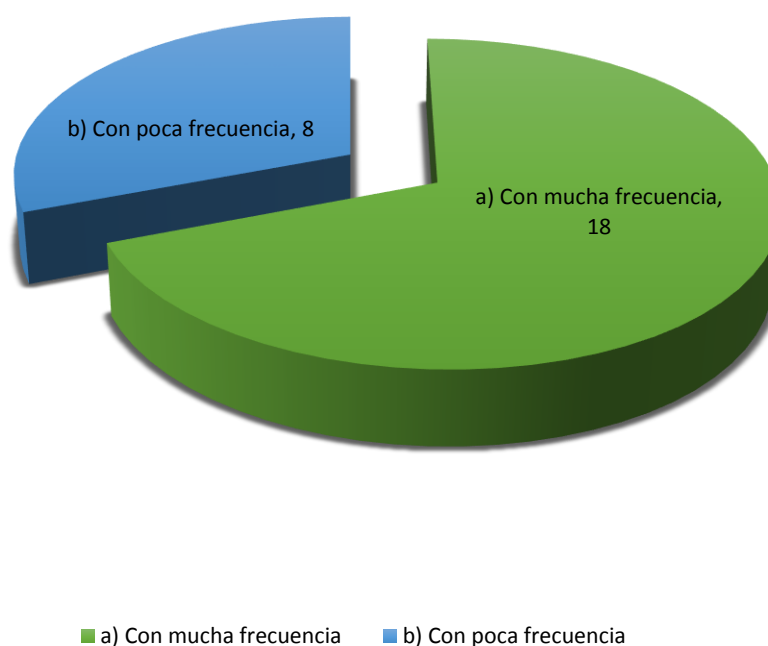
### CUADRO N° 01

#### FRECUENCIA EN LA QUE SE INTERPONE LOS PROCESOS DE DIVORCIO

	#	%
a) Con mucha frecuencia	18	69%
b) Con poca frecuencia	8	31%
<b>TOTAL</b>	<b>26</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

**GRÁFICO N° 01**  
**FRECUENCIA EN LA QUE SE INTERPONE LOS**  
**PROCESOS DE DIVORCIO**



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

### **1.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 01**

A través del cuadro N° 01, se puede apreciar las opiniones que fueron otorgadas por nuestros entrevistados quienes se han pronunciado respecto a la mucha o poca frecuencia en que se interponen los procesos de divorcio. Ante tal interrogante nuestros entrevistados señalaron lo siguiente:

#### **a. Con mucha frecuencia**

Aquellos entrevistados que consideraron esta opción, fueron 18 entrevistados, los cuales representan al 69% del total de entrevistados que consideran que el divorcio por causal es interpuesto con mucha frecuencia en los juzgados de

familia. Es menester indicar que de los 18 entrevistados, estos fueron: 4 jueces de familia, 7 jueces superiores, 3 docentes universitarios especializados en derecho de familia y 4 fiscales de familia.

**b. Con poca frecuencia**

Los entrevistados que consideraron esta opción fueron en total 8, los cuales representan al 31% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 8 entrevistados, estos fueron: 2 jueces de familia, 2 jueces superiores, 3 docentes universitarios especializados en derecho de familia y 1 fiscal de familia.

**1.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 01**

A través del cuadro N° 01, se puede apreciar las opiniones que fueron otorgados por nuestros entrevistados quienes se han pronunciado respecto a la mucha o poca frecuencia en que se interponen los procesos de divorcio.

Ante tal interrogante nuestros entrevistados señalaron mayoritariamente que los procesos de divorcio se interponen con mucha frecuencia. Mientras, que un grupo de 8 especialistas sostuvieron que esta clase de procesos no se presentaban frecuentemente.

En consecuencia, se puede apreciar que los magistrados han señalado en forma mayoritario que la institución del divorcio es recurrida con frecuencia. No obstante, existe un grupo minoritario que opina lo contrario, considerando que

existe otros procesos que se tramitan en los juzgados de familia que son más relevantes que esta institución.

Asimismo, a través del cuadro N° 01 perteneciente a este subcapítulo, se ha podido demostrar que existe mucha afluencia en lo que respecta a la interposición de los procesos de divorcio.

De otro lado, se hace necesario traer a colación lo señalado en el cuadro N° 01 del subcapítulo I de este capítulo, en donde pudimos apreciar el número total de procesos de divorcio que se vienen tramitando en los juzgados especializados en familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. En vista ello, se puede apreciar que existe una afluencia frecuente de procesos relativos a dicha materia.



## 2. PREGUNTA N° 02

¿Podría indicarnos cuál es la causal que mayormente se emplea en los procesos de divorcio? Fundamente su respuesta.

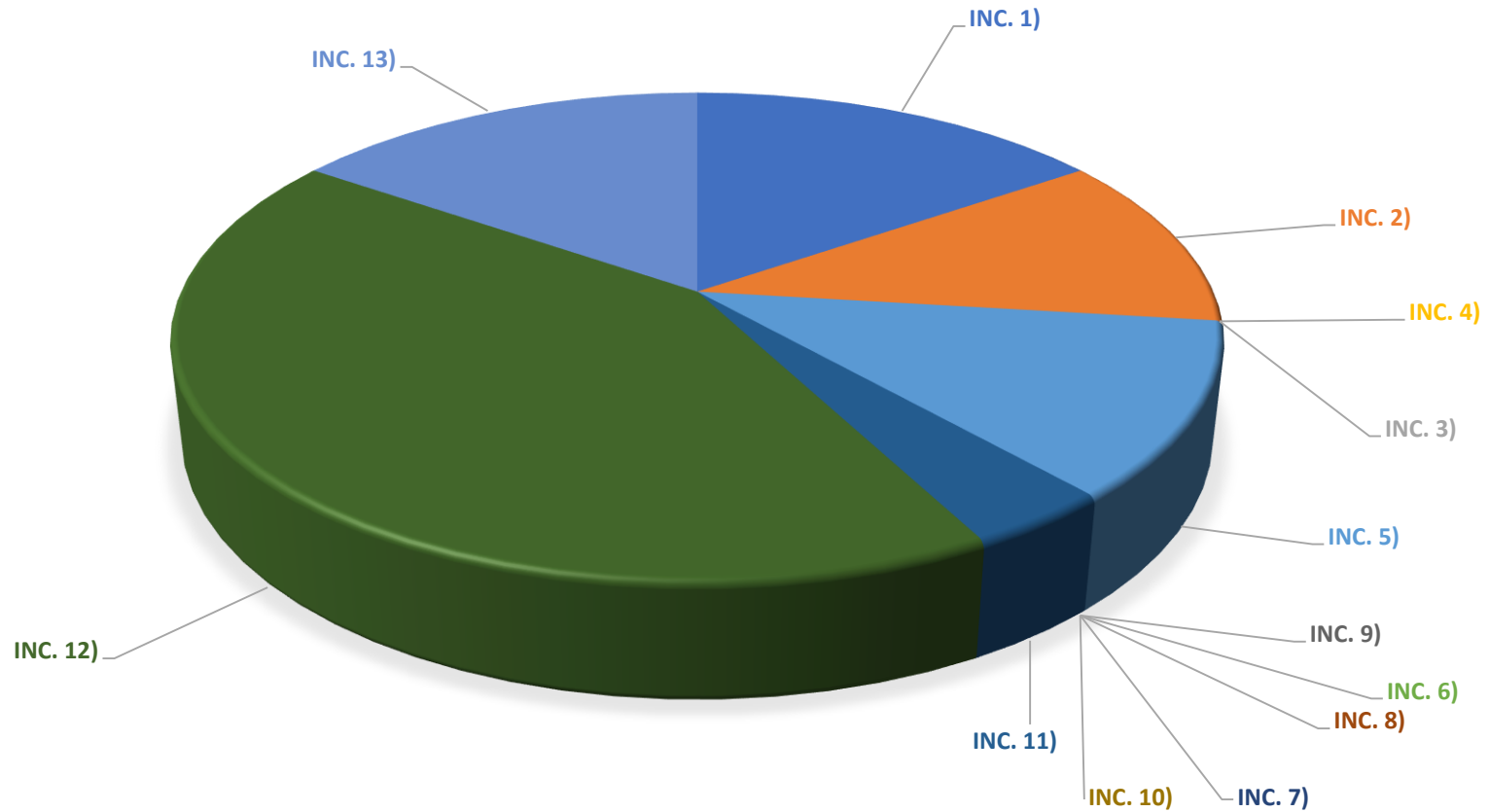
### CUADRO N° 02

#### OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS, RESPECTO A LAS CAUSALES DE DIVORCIO MÁS EMPLEADAS

INCISOS	CAUSALES	#	%
INC. 1)	El adulterio	4	15%
INC. 2)	La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.	3	12%
INC. 3)	El atentado contra la vida del cónyuge	0	0%
INC. 4)	La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.	0	0%
INC. 5)	El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.	3	12%
INC. 6)	La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.	0	0%
INC. 7)	El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.	0	0%
INC. 8)	La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.	0	0%
INC. 9)	La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.	0	0%
INC. 10)	La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.	0	0%
INC. 11)	La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.	1	4%
INC. 12)	La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.	11	42%
INC. 13)	La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio	4	15%
	TOTAL	26	1

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

**GRÁFICO N° 02**  
**OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS, RESPECTO A LAS**  
**CAUSALES DE DIVORCIO MÁS EMPLEADAS**



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

## **2.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 02**

Mediante el presente cuadro, se puede observar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, respecto a la causal que mayormente se emplea en los procesos de divorcio. Ante tal interrogante, nuestros entrevistados indicaron que las causales que mayormente se emplea -teniendo en cuenta los incisos del 1) al 13) del artículo 333° del código civil vigente- son:

### **a) El adulterio**

Esta causal fue considerada por 4 entrevistados, representando el 15% del total. Cabe indicar que los entrevistados que optaron por señalar esta causal de divorcio es empleada con frecuencia en los procesos de divorcio son: 1 juez de familia, 1 juez superior, 1 docente universitario -especializado en derecho de familia y 1 fiscal de familia.

### **b) La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.**

Esta causal fue considerada por 3 entrevistados, representando el 12% del total. Cabe indicar que los entrevistados que optaron por señalar esta causal de divorcio es empleada con frecuencia en los procesos de divorcio son: 1 juez superior, 1 docente universitario -especializado en derecho de familia y 1 fiscal de familia.

### **c) El atentado contra la vida del cónyuge**

Esta causal no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados. Representa el 0.00% del total.

d) **La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.**

Esta causal no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados.

Representa el 0.00% del total.

e) **El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.**

Esta causal fue considerada por 3 entrevistados, representando el 12% del total. Cabe indicar que los entrevistados que optaron por señalar esta causal de divorcio es empleada con frecuencia en los procesos de divorcio son: 1 juez de familia, 1 juez superior y 1 fiscal de familia.

f) **La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.**

Esta causal no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados.

Representa el 0.00% del total.

g) **El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.**

Esta causal no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados.

Representa el 0.00% del total.

h) **La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.**

Esta causal no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados.

Representa el 0.00% del total.

i) **La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.**

Esta causal no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados.

Representa el 0.00% del total.

j) **La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.**

Esta causal no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados.

Representa el 0.00% del total.

k) **La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.**

Causal considerada por 1 entrevistado (docente universitario especializado en familia), que representa el 4% del total.

l) **La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.**

Esta causal fue considerada por 11 entrevistados, representando el 42% del total. Cabe indicar que los entrevistados que optaron por señalar esta causal de divorcio es empleada con frecuencia en los procesos de divorcio son: 3 jueces de familia, 4 jueces superiores, 3 docentes universitarios - especializado en derecho de familia y 1 fiscal de familia.

**m) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio**

Esta causal fue considerada por 4 entrevistados, representando el 15% del total. Cabe indicar que los entrevistados que optaron por señalar esta causal de divorcio es empleada con frecuencia en los procesos de divorcio son: 1 juez de familia, 2 jueces superior y 1 fiscal de familia.

**2.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 02**

En el cuadro N° 02, se puede observar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, respecto a la causal que mayormente se emplea en los procesos de divorcio.

Ante tal interrogante, nuestros entrevistados indicaron que las causales que mayormente se emplea -teniendo en cuenta los incisos del 1) al 13) del artículo 333° del código civil vigente.

Así, se ha podido apreciar que la causal que mayormente emplean los litigantes es la separación de hecho, la misma que se encuentra prescrita en el inciso 12) del artículo 333° del código civil. De esta manera, podemos apreciar que un grupo mayoritario de nuestros entrevistados han indicado la causal antes mencionada es la más empleada por los litigantes para proceder a la disolución de su vínculo conyugal.

No obstante, existen otras causales que han sido consideradas por nuestros entrevistados como frecuentes. Así, tenemos:

- a) La causal de adulterio, prescrita en el inciso primero del artículo 333° del código civil.;
- b) La causal de violencia física y psicológica que se encuentra prescrita en el inciso segundo del artículo 333° del código civil.;
- c) La causal de abandono injustificado por dos años prescrita en el inciso quinto del artículo 333° del código civil.;
- d) La causal de separación convencional prescrita en el inciso décimo tercero del artículo 333° del código civil.

Como se puede apreciar, la opinión de nuestros entrevistados guarda coherencia con lo señalado en los cuadros N° 02 y N° 03 del subcapítulo anterior. En donde se pudo apreciar -a nivel de las estadísticas- el número de procesos de divorcio por causal que se presentaron durante el bienio 2014 – 2015.

Asimismo, se ha podido apreciar que ninguno de nuestros entrevistados ha considerado como causal de empleo frecuente **la causal de homosexualidad sobreviniente -prescrita en el inciso 9) del artículo 333° del código civil.** Lo cual demuestra la falta de empleabilidad de la citada causal y que será precisada en el pregunta que presentamos a continuación.

### 3. PREGUNTA N° 03

*¿La causal de homosexualidad sobreviniente es empleada por los litigantes para la disolución del vínculo matrimonial? Fundamente su respuesta.*

- a) Con mucha frecuencia.
- b) Con poca frecuencia.
- c) Esta causal no es invocada por los litigantes.

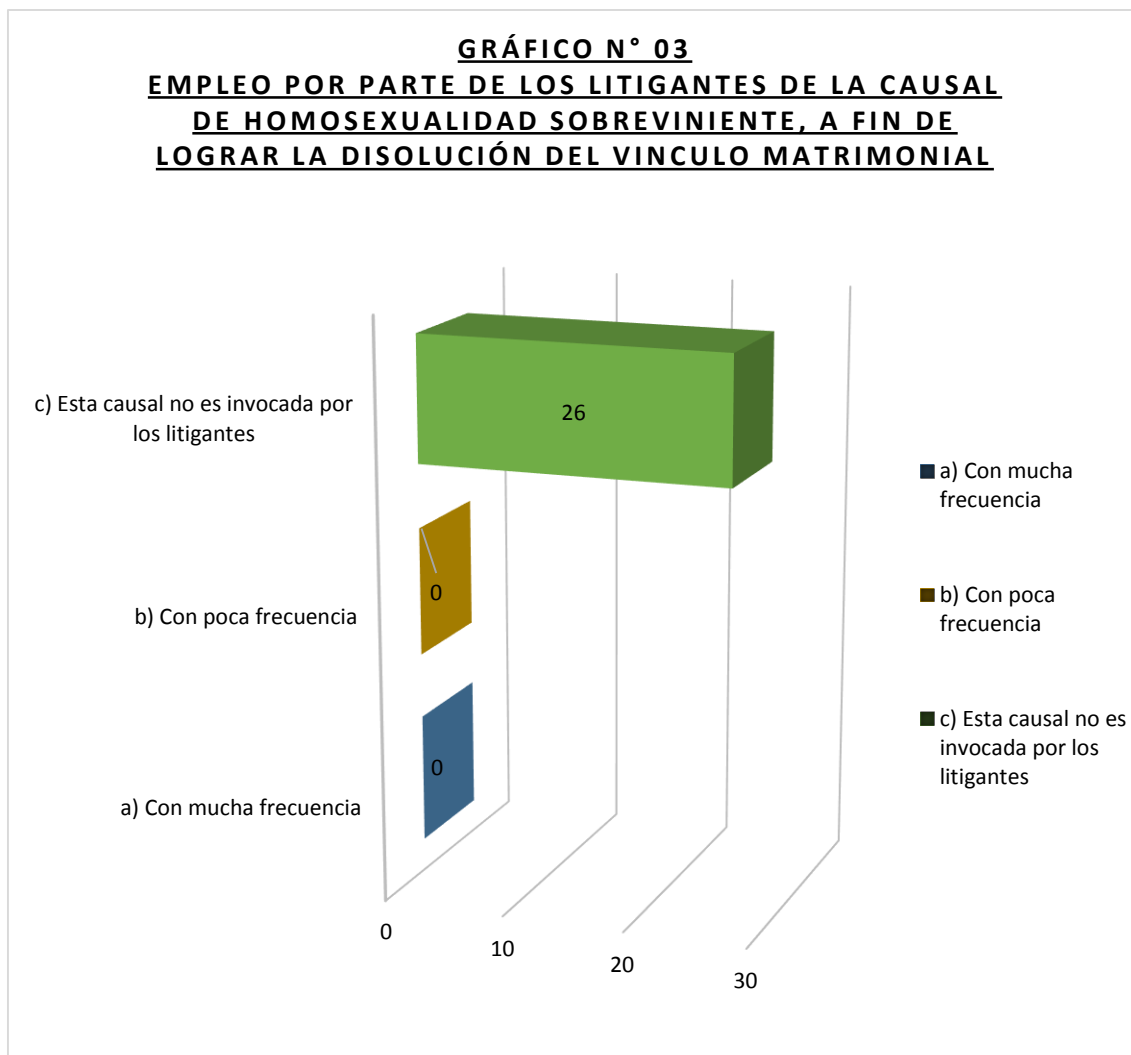
#### CUADRO N° 03

#### EMPLEO POR PARTE DE LOS LITIGANTES DE LA CAUSAL DE HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE, A FIN DE LOGRAR LA DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL

	#	%
a) Con mucha frecuencia	0	0%
b) Con poca frecuencia	0	0%
c) Esta causal no es invocada por los litigantes	26	100%
<b>TOTAL</b>	<b>26</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.





**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

### **3.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 03**

A través del cuadro N° 03, se puede apreciar las opiniones que fueron otorgadas por nuestros entrevistados quienes se han pronunciado si la causal de homosexualidad sobreviniente es empleada por los litigantes para la disolución del vínculo matrimonial. Ante tal interrogante nuestros entrevistados señalaron lo siguiente:

**a. Con mucha frecuencia**

Esta opción no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados.

Representa el 0.00% del total.

**b. Con poca frecuencia**

Esta opción no fue considerada por ninguno de nuestros entrevistados.

Representa el 0.00% del total.

**c. Esta causal no es invocada por los litigantes**

Sobre esta opción, la totalidad de nuestros entrevistados consideraron esta opción, representando el 100% del total de los entrevistados; es decir los 6 jueces de familia, 9 jueces superiores, 6 docentes universitarios especializados en derecho de familia y 5 fiscal de familia; que conforman la muestra de esta investigación señalaron esta opción.

### **3.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 03**

En presente cuadro se pudo que el 100% de nuestros entrevistados han indicado que la causal de homosexualidad sobreviniente no es invocada por los litigantes en los procesos de divorcio por causal que se vienen tramitando ante los juzgados.

Lo expuesto guarda mucha relación con lo señalado en los cuadros N° 02 y N° 03 del subcapítulo anterior. Asimismo, se vincula con lo establecido en el cuadro N° 02 del presente subcapítulo, en donde pudimos apreciar que nuestros

entrevistados señalaron cuales eran las causales de divorcio mayormente empleadas.

De esta manera, podemos afirmar que la causal de homosexualidad sobreviniente, la cual se encuentra prescrita en el inciso 9) del artículo 333° del código civil, no es empleada para interponer un proceso de divorcio.

Cabe indicar que nuestros entrevistados, han manifestado que esta causal no es muy empleada, toda vez que mayormente las partes optan por interponer la disolución de su vínculo matrimonial, empleando para ello las causales de adulterio, violencia física o psicológica, imposibilidad de hacer vida en común, separación de hecho o separación convencional; pero -enfatan los entrevistados- no es muy común que esta causal sea empleada por los litigantes.

#### 4. PREGUNTA N° 04

*¿Considera usted que la causal mencionada en la pregunta anterior, vulnera los derechos a la dignidad e intimidad sexual del supuesto cónyuge infractor? SI/NO*

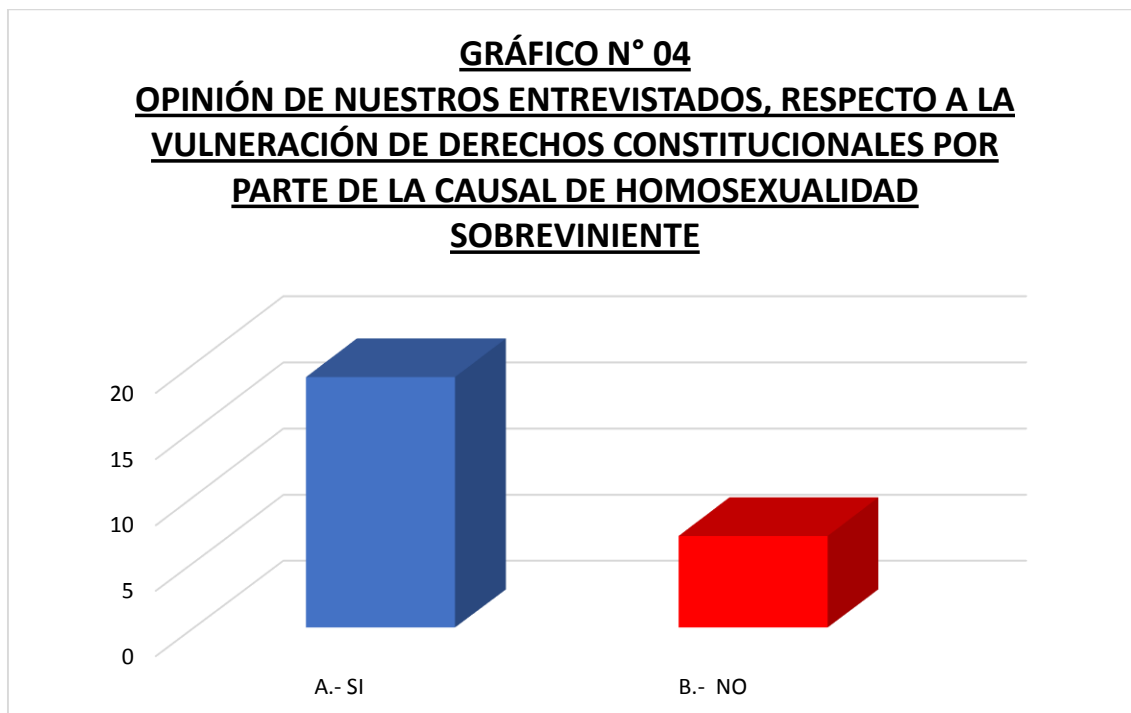
*Fundamente su respuesta.*

#### CUADRO N° 04

### OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS, RESPECTO A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES POR PARTE DE LA CAUSAL DE HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE

	#	%
A.- SI	19	73%
B.- NO	7	27%
TOTAL	26	100%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

#### **4.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 04**

A través del cuadro N° 04, se puede observar las respuestas proveídas por aquellos entrevistados quienes se les consulto si consideraban que la causal de homosexualidad sobreviniente, vulnera los derechos a la dignidad e intimidad sexual del supuesto cónyuge infractor. Ante tal interrogante nuestros entrevistados señalaron lo siguiente:

##### **a. Si**

Los entrevistados que consideraron esta opción fueron en total 19, los cuales representan al 73% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 19 entrevistados, estos fueron: 5 jueces de familia, 7 jueces superiores, 3 docentes universitarios especializados en derecho de familia y 4 fiscales de familia.

##### **b. No**

Los entrevistados que consideraron esta opción fueron en total 7, los cuales representan al 27% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 7 entrevistados, estos fueron: 1 juez de familia, 2 jueces superiores, 3 docentes universitarios especializados en derecho de familia y 1 fiscal de familia.

#### **4.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 04**

El cuadro N° 04, se puede apreciar las respuestas provistas por nuestros entrevistados sobre si la causal de homosexualidad sobreviniente, vulnera los derechos a la dignidad e intimidad sexual del supuesto cónyuge infractor.

Ante tal interrogante nuestros entrevistados, manifestaron - mayoritariamente- que la causal de homosexualidad sobreviniente si vulnera dichos derechos. Nuestros entrevistados postularon que la causal en mención transgrede los derechos a la dignidad y a la intimidad sexual debido a:

- a) Al invocarse esta causal, la parte demandante procede a ventilar situaciones de índole privado que afectan directamente a uno de los consortes; específicamente en cuestiones de la intimidad sexual, toda vez que el supuestos cónyuges infractor ha elegido una opción sexual distinta.
- b) Al tratar de acreditar esta causal, se estaría procediendo a denigrar y humillar al cónyuge infractor, generando con ello que la parte demandada sea perjudicada tanto a nivel social como familiar.

## 5. PREGUNTA N° 05

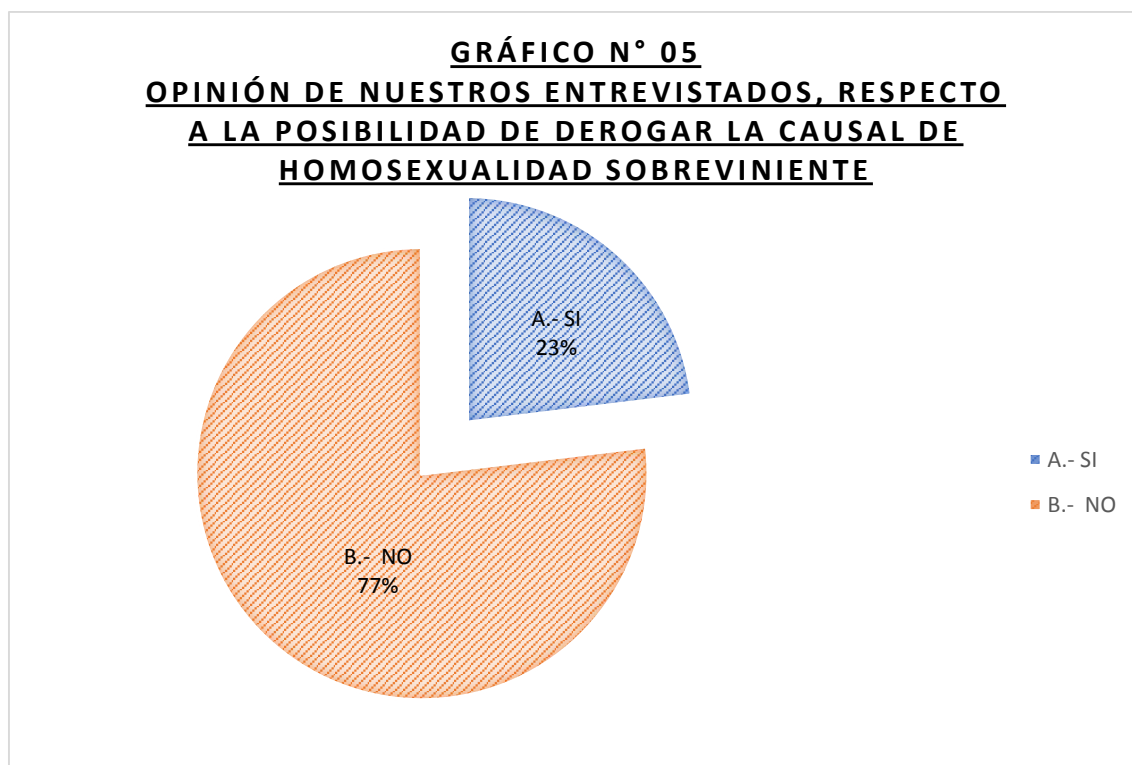
*¿Considera usted que la causal de homosexualidad sobreviniente debería ser derogada? SI/NO Fundamente su respuesta.*

### CUADRO N° 05

#### OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS, RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE DEROGAR LA CAUSAL DE HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE

	#	%
A.- SI	6	23%
B.- NO	20	77%
TOTAL	26	100%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

### **5.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 05**

A través del cuadro N° 05, se puede observar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, los cuales fueron consultados si consideraban que la causal de homosexualidad sobreviniente debería ser derogada. Ante tal interrogante nuestros entrevistados señalaron lo siguiente:

#### **a. Si**

Los entrevistados que consideraron esta opción fueron en total 6, los cuales representan al 23% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 6 entrevistados, estos fueron: 2 jueces de familia, 2 jueces superiores, 1 docente universitario especializado en derecho de familia y 1 fiscal de familia.

#### **b. No**

Los entrevistados que consideraron esta opción fueron en total 20, los cuales representan al 77% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 20 entrevistados, estos fueron: 4 jueces de familia, 7 jueces superiores, 5 docentes universitarios especializados en derecho de familia y 4 fiscales de familia.

### **5.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 05**

En vista a las opiniones señaladas en la discusión N° 04 de este subcapítulo, consideramos pertinente en consultar si era necesario DEROGAR la causal de homosexualidad sobreviniente, establecida en el inciso 9) del artículo



333°. Ante ello, el cuadro N° 05, presenta las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, los cuales fueron consultados al respecto.

Ante ello, debemos indicar que esta causal debería de ser derogada debido:

- a) Se encuentra inmersa en el inciso 6) del artículo 333° del texto civil vigente, referido a conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- b) Esta causal no es empleada por los justiciables con la intención de disolver su vínculo matrimonial. Lo expuesto en las líneas precedentes, incluso queda demostrado con lo establecido en los cuadros N° 01, N° 02 y N° 03 del subcapítulo anterior.
- c) Denigra al supuesto cónyuge infractor al ventilarse cuestiones referidas a su intimidad sexual, tal y como se ha precisado en el cuadro N° 04 del presente subcapítulo.

## CAPÍTULO 5. Conclusiones

### 5.1. Conclusiones

1. La causal de homosexualidad sobreviniente, prescrita en el numeral 9) del artículo 333° del Código Civil, transgrede de manera **NEGATIVA**, debido a que:
  - A) Revela cuestiones de carácter íntimo ante las instancias judiciales; pues la parte demandante deberá de señalar que el motivo de la disolución del vínculo marital se debió a la opción sexual que tiene el cónyuge infractor.
  - B) Afecta directamente el derecho a la dignidad, prescrito en el artículo 1° de la Constitución de 1993, pues al ventilarse cuestiones de carácter íntimo sobre la sexualidad del cónyuge infractor, se estaría vulnerando tanto el derecho constitucional en mención, como otros derechos constitucionales establecidos en nuestra carta magna tales como: derecho a la intimidad, derecho a la integridad moral, derecho a la libertad personal.
  - C) La causal en mención transgrede dichos derechos; pues también está contraviniendo lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 1 primero señala que: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.
2. El divorcio en el Perú presenta un sistema mixto. Así, encontramos el divorcio sanción y el divorcio remedio. El divorcio sanción se presenta cuando uno de los cónyuges viola uno de los deberes del matrimonio, por esta razón, la acción la interpone el cónyuge que no viola dichos deberes. El vínculo se disuelve al declarar o no la culpabilidad del cónyuge que fue acusado por determinada violación a los deberes matrimoniales. Mientras que el segundo, es el *divorcio remedio*, el cual alude el

cónyuge culpable, el vínculo se disuelve sin culpar a ninguno de los cónyuges se trata de un divorcio como reconocimiento legal de la ruptura del vínculo. Se concreta cuando existe una confirmación de la ruptura matrimonial, se establecen algunas causales de separación de hecho o judicial y después de un tiempo se decreta el divorcio.

3. El divorcio consiste en la disolución del vínculo marital por uno o por ambos cónyuges. Dicha institución permite que los esposos puedan disolver su unión; así como coordinar aspectos de carácter patrimonial y extrapatrimonial.
4. Los principales derechos constitucionales que son transgredidos por la causal establecida en el inciso 9) del artículo 333° del Código Civil, son el derecho a la intimidad sexual; el cual supone el respeto por las conductas que una persona encuentra necesarias para satisfacer su íntima visión de la sexualidad; y el derecho a la dignidad, el cual conlleva cargas relativas no sólo al respeto estricto por las decisiones de los individuos, sino sobre todo al respeto por las consecuencias de dichas decisiones, siendo esto lo que precisamente protege el derecho a la intimidad sexual.
5. De otro lado, se ha determinado que la causal de homosexualidad sobreviniente, prescrita en el inciso 9) del artículo 333° del código civil no es empleada por los litigantes con la intención de disolver su vínculo matrimonial. Ello, ha quedado corroborado a través de la búsqueda efectuada en el área de Estadística de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; donde hemos podido demostrar lo siguiente:
  - a. La causal de homosexualidad sobreviniente, no es empleada por los litigantes, tal y como lo apreciamos en el cuadro N° 02 y 03 del subcapítulo I del capítulo 4 de

nuestra investigación. Del mismo modo, urge precisar que los magistrados indican que dicha causal no es empleada.

- b. En contraposición a lo señalado en el párrafo anterior, se determinó que las causales mayormente empleadas son: Separación de Hecho, Adulterio y Violación física y psicológica. En consecuencia, se evidencia que la causal de homosexualidad sobreviniente, no es empleada por los litigantes tal y como ha sido detallada en el numeral anterior.
  - c. Si bien existe un incremento de los procesos judiciales de divorcio, se observa que la mayoría de litigantes emplea mayoritariamente la causal de separación de hecho, como causal de disolución del vínculo marital.
6. Se aprecia que la causal de homosexualidad sobreviniente, podría ser incluida dentro de la causal de conducta deshonrosa; toda vez que dicha causal viene transgrediendo derechos constitucionales referidos a la dignidad e intimidad sexual.

Lo expuesto se encuentra amparado en la Exposición de motivos presentada por el Dr. Arias Schreiber, quien concluyo que dicha causal no debería emplearse, pues se encuentra inmersa dentro de la causal de conducta deshonrosa, la misma que consiste en aquel comportamiento deshonesto, indecente que repudia el orden público y las buenas costumbres.

De esta manera, somos de la opinión que la causal de homosexualidad sobreviniente debería estar inmersa dentro de la causal de conducta deshonrosa; con la intención de que cuestiones de índole privado (opción sexual del cónyuge infractor) sea ventilado en la instancia judicial, con la intención de lograr la disolución del vínculo matrimonial.

## **5.2. Recomendaciones**

- 1) Consideramos pertinente que el legislador derogue la causal establecida en el inciso 9) del artículo 333° del código civil, toda vez que a la fecha se aprecia que dicha causal no es empleada con frecuencia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Abanto Velez, W. (2012). *Guía metodológica en investigación científica*. Lima: Universidad Cesar Vallejo
- Aguilar Llanos, B. (2010). *La familia en el código civil peruano*. (2da Reimp.). Lima: Ediciones Legales.
- Alfaro Pinillos, R. (2002). *Diccionario Practico de Derecho Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Andorno, R. (2009). *Dignidad Humana y Derechos Humanos como campo común tierra para una bioética global*. En: *Revista de Medicina y Filosofía*. Zurich: Instituto de los Éticas Médicos.
- Aparisi Miralles, A. (s/f). *En Torno al Principio de la Dignidad Humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)*. Navarra: Departamento de Filosofía del Derecho.
- Arias Scheriber-Pezet, M. (2002). *Exegesis del Código Civil peruano de 1984. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Beltrán, P. (2008). *¡Adiós cupido...! Cuando se acaba el amor y los matrimonios se disuelven por procesos 'express'. Comentarios a la Ley N° 29227*. En: *JUS: Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo N° 6. Lima. Junio de 2008.
- Brenes Córdova, A. (1979). *Tratado de personas*. San José de Costa Rica: Edit. Costa Rica.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta Editores
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo IV. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabello Matamala, C. (s/f). *Las nuevas causales de divorcio en discusión: ¿Divorcio remedio en el Perú?*. Recuperado de: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0964740046d47140a1c4a144013c2be7/nu\\_evas\\_causales\\_divorcio+C+4.+2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0964740046d47140a1c4a144013c2be7](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0964740046d47140a1c4a144013c2be7/nu_evas_causales_divorcio+C+4.+2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0964740046d47140a1c4a144013c2be7)Calisaya
- Cabello Matamala, J. (1999). *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial De La Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Canales Terrones, C. (2013). *La homosexualidad sobreviniente al matrimonio como causal de separación de cuerpos y divorcio*. En: AA.VV. *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cantuarias Salaverry, F. (s/f). *El divorcio: ¿Sanción o Remedio?*. En: *Revista Themis*. N° 18. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Casado, L. (2009). *Diccionario Juridico*. (6ta Ed.). Buenos Aires: Valleta Ediciones
- Chánave Orbe, R. (2010). *Diccionario de Derecho Constitucional*. (7ma Ed.). Lima: Adruss.
- Congreso de la Republica. *Diario de Debates del Pleno del Congreso*. Legislatura Ordinaria (2000-2001). Lima: Congreso de la República.

- Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho familiar peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cornejo Fava, M. (2000). *Matrimonio y familia. Su tratamiento en el Derecho*. Lima: Edit. Tercer Milenio.
- Esquivel Oviedo, J.; García Sánchez, D.; Geldres Campos, R.; Navarrete Pérez, J.; Pasco Arauco, A.; Roca Mendoza, O.; Tomaylla Rojas, M.; Torres Carrasco, M.; Torres Maldonado, M. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández, F. (1994). *La dogmática de los Derechos Humanos* (1ra Ed.). Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.
- Habermas, J. (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos Humanos*. En: Dianota. volumen LV. número 64 (mayo 2010)
- Mantilla Rivadeneira, A. ; Rebaza Martell, A. ; Cruz Sandoval, G. & Maldonado Pérez, J. (2016). *Definiciones Jurídicas*. Trujillo: Librería Jurídica.
- Márquez, A. (2016). *La reforma inconclusa del régimen de divorcio*. Comentarios al procedimiento de divorcio y a las relaciones entre los ex cónyuges. En: Revista Gaceta Civil y Procesal Civil. Tomo N° 37. Julio de 2016. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mendoza, M. (2002). *Separación de hecho: Interpretación, aplicación y constitucionalidad a propósito de la Ley N° 27495*. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII. Tomo 30. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales Godo, J. (1995). *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima, Perú: Ed.. Grijley.
- Ortiz Sánchez, M. & Pérez Pino, V. (2004). *Léxico Jurídico para Estudiantes*. Madrid: Tecnos.
- Peralta Andia, J. (1996). *Derecho de Familia*. (2da Ed.). Lima: Ed. San Marcos.
- Peralta Andia, J. (2002). *Derecho de Familia*. (3ra Ed.). Lima: IDEMSA.
- Placido Vilcachagua, A. & Cabello Matamala, J. (2003). *Comentario al artículo 333° del código civil*. En: AA.VV. Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido Vilcachagua, A. & Cabello Matamala, J. (2007). *Comentario al artículo 333° del código civil*. En: AA.VV. Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido Vilcachagua, A. (2001). *Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramírez Erazo, R. (2010). *Proyecto de Investigación. Como hacer una tesis*. Lima: Fondo Editorial AMADP
- Revoredo, D. (1985). *Código Civil*. Lima: Artes gráficas de la industria avanzada.
- Ripert, G. & Boluang, J. (1965). *Tratado de Derecho Civil. Regímenes Matrimoniales*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Torres Vásquez, A. (2011). *Código Civil*. (7ma Ed.). Lima: IDEMSA.
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

## BIBLIOGRÁFICA

- AA.VV. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Abanto Velez, W. (2012). *Guía metodológica en investigación científica*. Lima: Universidad Cesar Vallejo
- Aguilar Llanos, B. (2010). *La familia en el código civil peruano*. (2da Reimp.). Lima: Ediciones Legales.
- Alfaro Pinillos, R. (2002). *Diccionario Practico de Derecho Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Amézquita De Almeida, J. (1980). *Lecciones de Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial Temis
- Andorno, R. (2009). *Dignidad Humana y Derechos Humanos como campo común tierra para una bioética global*. En: *Revista de Medicina y Filosofía*. Zurich: Instituto de los Éticas Médicos.
- Aparisi Miralles, A. (s/f). *En Torno al Principio de la Dignidad Humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)*. Navarra: Departamento de Filosofía del Derecho.
- Arias Scheriber-Pezet, M. (2002). *Exegesis del Código Civil peruano de 1984. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arias-Schreiber Pezet, M. Arias-Schreiber Montero, Á. y Plácido Vilcachagua, A. (1997). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VI. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.
- Autores Varios. (2010). *Código Civil Comentado*. (3ra. Ed.). Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Beltrán, P. (2008). *¡Adiós cupido...! Cuando se acaba el amor y los matrimonios se disuelven por procesos 'express'*. *Comentarios a la Ley N° 29227*. En: *JUS: Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo N° 6. Lima. Junio de 2008.
- Borda, G. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (1986). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Brenes Córdova, A. (1979). *Tratado de personas*. San José de Costa Rica: Edit. Costa Rica.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta Editores
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo IV. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabello Matamala, C. (s/f). *Las nuevas causales de divorcio en discusión: ¿Divorcio remedio en el Perú?*. Recuperado de: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0964740046d47140a1c4a144013c2be7/nu\\_evas\\_causales\\_divorcio+C+4.+2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0964740046d47140a1c4a144013c2be7Calisaya](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0964740046d47140a1c4a144013c2be7/nu_evas_causales_divorcio+C+4.+2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0964740046d47140a1c4a144013c2be7Calisaya)
- Cabello Matamala, J. (1999). *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial De La Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Canales Terrones, C. (2013). *La homosexualidad sobreviniente al matrimonio como causal de separación de cuerpos y divorcio*. En: *AA.VV. El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.



- Cantuarias Salaverry, F. (s/f). *El divorcio: ¿Sanción o Remedio?*. En: Revista Themis. N° 18. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Casado, L. (2009). *Diccionario Jurídico. (6ta Ed.)*. Buenos Aires: Valleta Ediciones
- Cháname Orbe, R. (2010). *Diccionario de Derecho Constitucional. (7ma Ed.)*. Lima: Adruss.
- Congreso de la Republica. Diario de Debates del Pleno del Congreso. Legislatura Ordinaria (2000-2001). Lima: Congreso de la República.
- Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho familiar peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cornejo Fava, M. (2000). *Matrimonio y familia. Su tratamiento en el Derecho*. Lima: Edit. Tercer Milenio.
- Esquivel Oviedo, J.; García Sánchez, D.; Geldres Campos, R.; Navarrete Pérez, J.; Pasco Arauco, A.; Roca Mendoza, O.; Tomaylla Rojas, M.; Torres Carrasco, M.; Torres Maldonado, M. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández, F. (1994). *La dogmática de los Derechos Humanos* (1ra Ed.). Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.
- Gallegos Canales, Y. (2008). *Manual de derecho de familia*. Lima. Jurista.
- Habermas, J. (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos Humanos*. En: Dianota. volumen LV. número 64 (mayo 2010)
- Mallqui, M. & Momethiano, E. (2002). *Derecho de Familia*. Lima: Ed. San Marcos.
- Mantilla Rivadeneira, A. ; Rebaza Martell, A. ; Cruz Sandoval, G. & Maldonado Pérez, J. (2016). *Definiciones Jurídicas*. Trujillo: Librería Jurídica.
- Márquez, A. (2016). *La reforma inconclusa del régimen de divorcio*. Comentarios al procedimiento de divorcio y a las relaciones entre los ex cónyuges. En: Revista Gaceta Civil y Procesal Civil. Tomo N° 37. Julio de 2016. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mendoza, M. (2002). *Separación de hecho: Interpretación, aplicación y constitucionalidad a propósito de la Ley N° 27495*. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII. Tomo 30. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales Godo, J. (1995). *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima, Perú: Ed.. Grijley.
- O'Callaghan Muñoz, X. (1992). *Compendio de Derecho civil*. Tomos II y IV. Derecho de Familia. Madrid: Edersa.
- O'Callaghan Muñoz, X. (1998). *Compendio de Derecho civil*. Tomos II y IV. Derecho de Familia. Madrid: Edersa.
- Ortiz Sánchez, M. & Pérez Pino, V. (2004). *Léxico Jurídico para Estudiantes*. Madrid: Tecnos.
- Palacio Pimentel, H. (1991). *Compendio de Derecho Civil Peruano*. Lima. Huallaga
- Peralta Andía, J. (1996). *Derecho de Familia. (2da Ed.)*. Lima: Ed. San Marcos.
- Peralta Andía, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Idemsa.
- Plácido V., A. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido Vilcachagua, A. & Cabello Matamala, J. (2003). *Comentario al artículo 333° del código civil*. En: AA.VV. Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.

- Placido Vilcachagua, A. & Cabello Matamala, J. (2007). *Comentario al artículo 333° del código civil*. En: AA.VV. Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido Vilcachagua, A. (2001). *Divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramírez Erazo, R. (2010). Proyecto de Investigación. Como hacer una tesis. Lima: Fondo Editorial AMADP
- Revoredo, D. (1985). *Código Civil*. Lima: Artes gráficas de la industria avanzada.
- Ripert, G. & Boluang, J. (1965). *Tratado de Derecho Civil. Regímenes Matrimoniales*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Torres Vásquez, A. (2011). *Código Civil*. (7ma Ed.). Lima: IDEMSA.
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Yungano, A. (1992). *Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ediciones