

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**EL ALLANAMIENTO EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO-
REMEDIO: SU PROCEDENCIA EN LAS CAUSALES DE
IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN Y SEPARACIÓN
DE HECHO**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Procesal que presenta:

KATHERINE ANGÉLICA GÁLVEZ POSADAS

Asesora: Eugenia ARIANO DEHO

LIMA – 2018

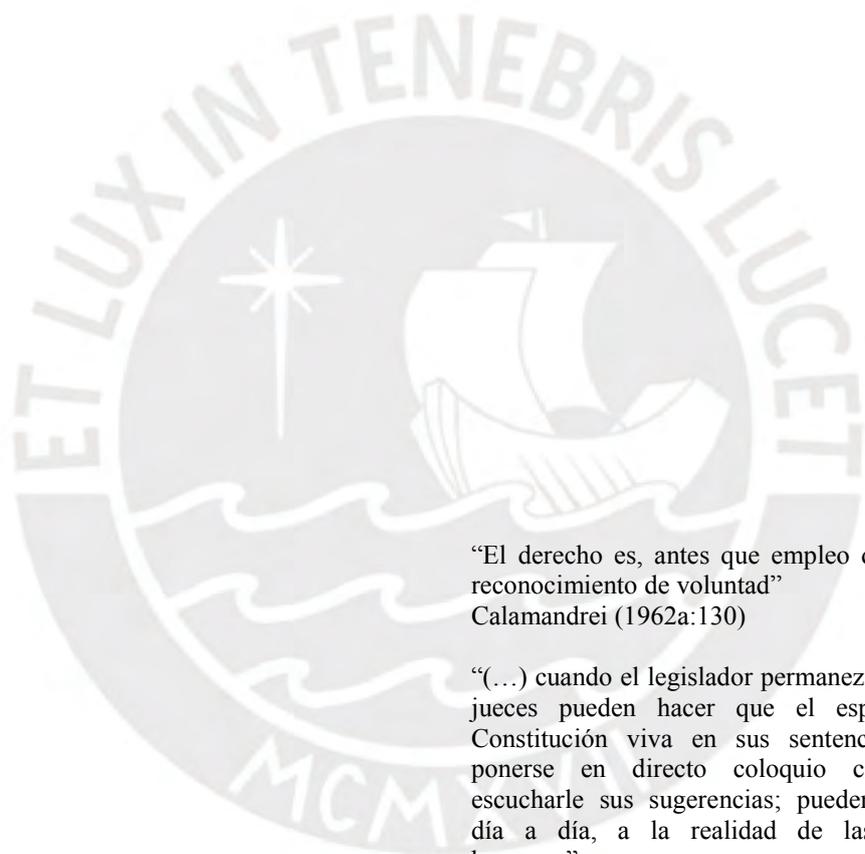
RESUMEN

Según la doctrina peruana mayoritaria en los procesos de divorcio no procedería el allanamiento del demandado por cuanto el vínculo matrimonial sería indisponible, esto es, se trataría de un efecto no que se podría lograr a través del acuerdo entre los cónyuges sino solo por declaración judicial previa determinación de los hechos que fundamentan las causales invocadas en la demanda. La misma posición mantiene la jurisprudencia nacional.

En el presente trabajo se sostiene la tesis de la procedencia del allanamiento del demandado en los procesos de divorcio cuando estos se funden en las causales de imposibilidad de hacer vida en común o en la separación de hecho de los cónyuges, en atención a que desde la introducción, en el año 2008, de la disolución extrajudicial (notarial o municipal) del vínculo, el vínculo matrimonial ha claramente dejado de ser indisponible y, sobre todo, porque considerar improcedente el allanamiento es contrario a los principios constitucionales de respeto de la dignidad humana, de libertad y de libre desarrollo de la personalidad, pues se constriñe a los cónyuges a seguir litigando y, como consecuencia, se les niega la posibilidad de salir de su crisis conyugal de la forma menos traumática posible, para el bien no solo de los cónyuges, sino también, de haberlos, de los hijos menores que no tienen por qué padecer por los enfrentamientos de sus padres, que es la esencia del divorcio-remedio.

Para ello se analizan los nexos entre los principios constitucionales de libertad y libre desarrollo de la personalidad con la autonomía privada, las limitaciones de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, el divorcio y sus modelos, la evolución que ha tenido el divorcio en el Perú, la posición de la doctrina y la jurisprudencia sobre la configuración de las causales remediales de divorcio (imposibilidad de hacer vida en común y separación de hecho) introducidas en el Perú en el año 2001, la figura del allanamiento del demandado y la posición de la doctrina y la jurisprudencia sobre su improcedencia en los procesos de divorcio y, finalmente, las razones que fundamentan la procedencia del allanamiento en los procesos de divorcio fundados en las causales remediales.

PALABRAS CLAVE: divorcio; modelos de divorcio; allanamiento en los procesos de divorcio; indisponibilidad del vínculo matrimonial; procesos constitutivos necesarios.



“El derecho es, antes que empleo de la fuerza, reconocimiento de voluntad”

Calamandrei (1962a:130)

“(…) cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias; pueden ponerse en directo coloquio con ella, y escucharle sus sugerencias; pueden traducirlas día a día, a la realidad de las relaciones humanas”.

Calamandrei (1962c:48)

ÍNDICE

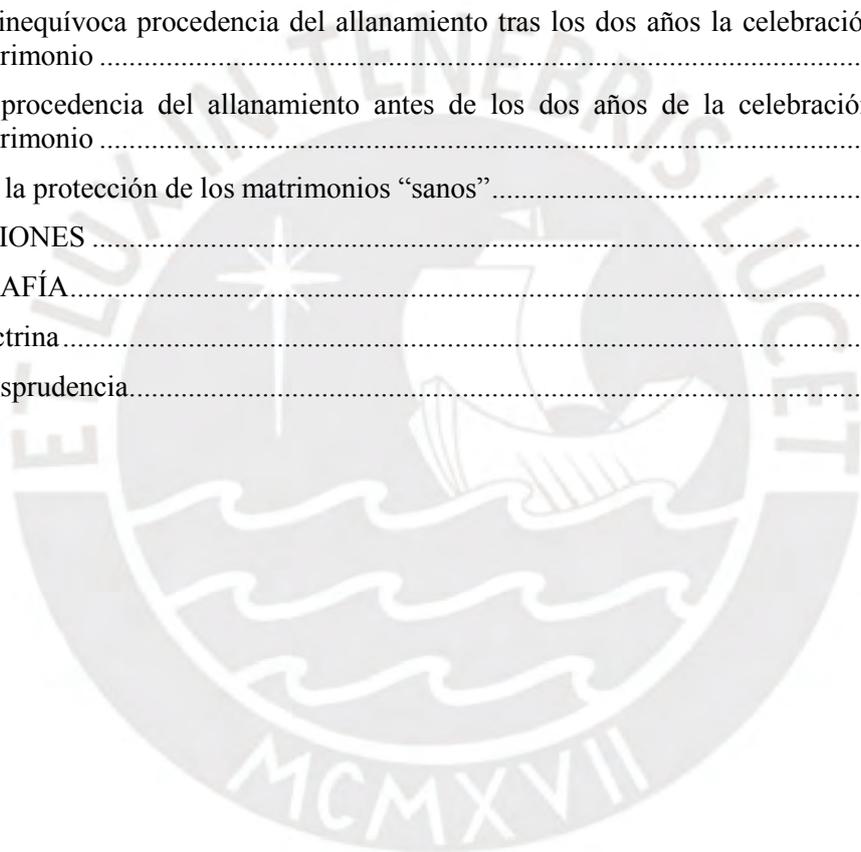
INTRODUCCIÓN	VII
CAPÍTULO I.....	1
EL MATRIMONIO Y SU DISOLUCIÓN ENTRE LA LIBERTAD Y LA SUJECIÓN	1
1. Libertad y autonomía privada.....	1
1.1. La libertad como derecho	1
1.2. Límites jurídicos de la libertad.....	2
1.3. La autonomía privada y sus límites	3
1.3.1. Naturaleza.....	4
1.3.2. Límites.....	4
1.3.2.1. El orden público	6
1.3.2.2. La moral y las buenas costumbres.....	7
1.3.2.3. El fraude a la ley.....	7
2. La autonomía privada en el derecho de la familia.....	8
2.1. Naturaleza del derecho de familia	8
2.2. Características	9
3. El matrimonio y su disolución.....	10
3.1. Debate entre las tesis antivorcistas y divorcistas.....	10
3.2. Modelos de divorcio.....	12
3.2.1. El divorcio-sanción.....	12
3.2.2. El divorcio-remedio.....	12
3.2.3. El divorcio incausado	13
4. El divorcio en el Perú: del matrimonio indisoluble del Código Civil de 1852 a la “desjudicialización” de la disolución del vínculo de la Ley N° 29227	14
4.1. El matrimonio indisoluble del Código Civil de 1852 y la separación de cuerpos como solución a la crisis de la familia “legítima”	15
4.2. El vuelco histórico de 1930/1934: el divorcio vincular y el mutuo disenso pragmáticamente entendido.....	17
4.3. El Código Civil de 1936: del divorcio por mutuo disenso a la separación por mutuo disenso.....	20
4.4. El Código Civil de 1984: de las causales de divorcio a las causales de separación	24
4.5. La cuota antidivorcista del Código Procesal Civil de 1993.....	27
4.6. Las nuevas causales de divorcio de la Ley N° 27495 del 2001	31

ÍNDICE

4.7. Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías.....	32
CAPÍTULO II	35
LAS CAUSALES-REMEDIALES DE LA LEY N° 27495: ENTRE LA INNOVACIÓN Y LA INCOMPRENSIÓN	35
1. Una aproximación al divorcio-remedio.....	35
2. La causal de “imposibilidad de hacer vida en común”.....	36
2.1. El texto (y el contexto) del inc. 11 del art. 333 del Código Civil.....	36
2.2. Posición de la jurisprudencia.....	40
3. La causal de separación de hecho.....	47
3.1. El texto (y el contexto) del inciso 12 del art. 333 del Código Civil.....	47
3.2. El art. 345-A del Código Civil.....	50
3.3. Posición de la jurisprudencia.....	53
4. Apreciación de conjunto.....	56
CAPÍTULO III.....	58
EL ALLANAMIENTO EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO	58
1. Comportamientos del demandado frente a la demanda.....	58
2. El allanamiento como figura procesal.....	59
2.1. Concepto de allanamiento.....	59
2.2. Naturaleza del allanamiento.....	63
2.3. Requisitos de procedencia del allanamiento.....	64
2.3.1. En cuanto a la aptitud del allanado.....	64
2.3.2. En cuanto al objeto del allanamiento.....	65
2.3.3. Oportunidad.....	65
2.3.4. Forma.....	66
2.4. Efectos de la aprobación del allanamiento.....	66
2.4.1. En el allanamiento total.....	66
2.4.2. Allanamiento parcial.....	67
2.5. Diferencias entre el allanamiento y otras figuras “autocompositivas”.....	67
2.5.1. El desistimiento de la pretensión.....	67
2.5.2. La transacción judicial.....	69
2.5.3. La conciliación judicial.....	71
2.6. Allanamiento, admisión (o reconocimiento) de hechos, rebeldía y la “confesión” como medio de prueba.....	72
3. Las posturas sobre el allanamiento en los procesos de divorcio por causal en el ordenamiento peruano.....	77
3.1. Doctrina.....	77
3.2. Jurisprudencia.....	80
3.3. Apreciación de conjunto.....	81

ÍNDICE

CAPÍTULO IV	83
POR LA PROCEDENCIA DEL ALLANAMIENTO EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO-REMEDIO	83
1. Aproximación a la indisponibilidad del objeto en los procesos sobre el estado y capacidad civil de las personas	83
1.1. El proceso de divorcio como “proceso constitutivo necesario” regido por el principio de “oficialidad”	84
1.2. Característica esencial de los procesos civiles “inquisitivos”: la indisponibilidad “desigual”	86
1.3. La ejemplar “sentencia conformada” penal	89
2. El anacronismo de la “indisponibilidad” del vínculo conyugal	91
3. El allanamiento en los procesos de divorcio-remediales: escenarios	94
3.1. La inequívoca procedencia del allanamiento tras los dos años la celebración del matrimonio	94
3.2. La procedencia del allanamiento antes de los dos años de la celebración del matrimonio	96
4. Por la protección de los matrimonios “sanos”	98
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	103
1. Doctrina	103
2. Jurisprudencia	108



INTRODUCCIÓN

Conforme a lo establecido por la legislación sustantiva y procesal del ordenamiento jurídico peruano, la disolución del vínculo matrimonial por acuerdo entre los cónyuges, solo procede cuando hayan transcurrido dos años desde la celebración de su matrimonio.

Para que ello se concrete, los cónyuges se verán obligados a iniciar conjuntamente una acción judicial adjuntando el convenio al que hubieren podido llegar, proceso en el que primero se emitirá la declaración de separación legal correspondiente; y, ulteriormente, luego de transcurridos dos meses adicionales, a solicitud de cualquiera de los dos cónyuges, finalmente se obtendrá la sentencia de divorcio. En alternativa, desde el año 2008, si los cónyuges no quisieran demandar judicialmente, podrán iniciar un procedimiento no contencioso, en la vía notarial o municipal, al amparo de lo establecido en la Ley N° 29277 y su Reglamento.

Si por el contrario no hubieren transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio o los cónyuges no lograran el acuerdo de separación convencional, no existe escapatoria: el cónyuge que pretenda la separación legal o el divorcio se verá precisado a demandar judicialmente, fundándose en alguna de las casuales previstas en el Artículo 333° del C.C., demanda que solo será estimada, obviamente, si resultan probadas las circunstancias concretas que configuran la causal alegada.

En este escenario, en el que las casuales de separación legal están configuradas y reguladas como violaciones de los deberes nacidos del matrimonio, el allanamiento del demandado se considera vedado, por cuanto, nuestros jueces entienden que el

vínculo matrimonial e inclusive la separación de los cónyuges, es indisponible, por lo que si se aprobara el allanamiento configuraría, ni más ni menos, un fraude a la ley.

Y ello también respecto de las causales previstas en los incisos 11 (imposibilidad de hacer vida en común) y 12 (separación de hecho) del Artículo 333° del CC., introducidas por la Ley N° 27495 en el año 2001, causales estas que la doctrina nacional ha identificado como de naturaleza remedial, esto es como de solución frente al fracaso matrimonial.

De ser esto así, es decir, que las dos causales antes mencionadas constituyen supuestos de divorcio-remedio, surge la interrogante de si es razonable que, en estos casos, no proceda el allanamiento del cónyuge demandado a la pretensión de separación legal o divorcio planteada por el otro cónyuge.

Ciertamente, si el divorcio-remedio trata de encontrar una solución a la crisis matrimonial y no a sancionar a uno de los cónyuges por el incumplimiento de sus deberes matrimoniales, la lógica y las razones que justificarían la improcedencia del allanamiento en los casos del divorcio-sanción, no parecen aplicables.

De la constatación de esta situación problemática nace el presente trabajo de tesis a los efectos de determinar si es compatible o no la idea de la indisponibilidad del vínculo matrimonial con un sistema que prevé no solo el divorcio-remedio sino que, al menos desde el 2008, la disolución extrajudicial de tal vínculo y, en particular si tal supuesta indisponibilidad es compatible con los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad de los que goza toda persona, principios estos que constituyen los pilares de nuestro sistema constitucional.

El presente trabajo parte de una idea principista: que cada persona es la única que puede y debe determinar y decidir si la convivencia matrimonial es aún posible, pues a la luz de los principios constitucionales de libertad, protección de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad no es concebible que el Estado pretenda obligar a una persona a mantenerse unida a otra, si esta decisión va en contra de su voluntad. Por el contrario, se considera que el Estado está en la obligación de otorgarle todos los medios legales sustantivos y procesales necesarios para que esta “desvinculación” se logre en el menor tiempo posible, evitando que sea un proceso desgastante.

INTRODUCCIÓN

En tal línea, el presente trabajo tiene el objetivo de demostrar que la improcedencia del allanamiento en los procesos de divorcio fundados en las causales-remedio es incompatible con los principios constitucionales de libertad y el libre desenvolvimiento de la personalidad, por cuanto se constriñe legalmente a los cónyuges, pese a estar de acuerdo sobre el fracaso matrimonial, a mantenerse vinculados, impidiéndoles de esa manera rehacer armoniosamente su vida.

Para el logro del objetivo trazado el presente trabajo ha sido dividido en cuatro capítulos.

En el Primer Capítulo se abordan los postulados y directrices constitucionales de libertad y el libre desarrollo de la personalidad, haciendo énfasis en los límites que estos imponen a los legisladores y a los jueces. Asimismo se analiza la autonomía privada y su relación con el matrimonio y su disolución, así como la sinuosa evolución legislativa del divorcio en el Perú.

En el Segundo Capítulo se analizan las posiciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre las causales remediales de imposibilidad de hacer vida en común y de separación de hecho, a los efectos de constatar si tales causales han sido bien entendidas.

En el Tercer Capítulo se analiza la figura del allanamiento como comportamiento del demandado, su ámbito operativo, sus semejanzas y diferencias con otras figuras autocompositiva y, sobre todo, cuáles son las posiciones asumidas por la doctrina y la jurisprudencia sobre la procedencia del allanamiento en los procesos de divorcio.

En el último Capítulo se desarrollan los argumentos enderezados a demostrar que conforme al estado de nuestra legislación y a la luz de los principios constitucionales de respeto de la dignidad humana, libertad y libre desarrollo de la personalidad ya no es posible sostener la improcedencia del allanamiento en los procesos de divorcio-remedio, poniendo en cuestión la alegada indisponibilidad del vínculo conyugal.

Finalmente se exponen las conclusiones.

Se espera pues, que el presente trabajo contribuya al debate sobre un tema tan sensible y de tanta relevancia social como lo es la disolución del vínculo matrimonial,

INTRODUCCIÓN

un debate que no puede prescindir de la consideración de que hoy vivimos en un Estado Constitucional de Derecho cuyo eje es el respeto de la dignidad humana, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad y que tales postulados deben iluminar todas las dimensiones jurídicas en las que se desenvuelve la vida humana.



CAPÍTULO I

EL MATRIMONIO Y SU DISOLUCIÓN ENTRE LA LIBERTAD Y LA SUJECIÓN

1. Libertad y autonomía privada

1.1. La libertad como derecho

Tratar de definir a la libertad no es sencillo. Sobre ella, a lo largo de los siglos, se han escrito bibliotecas enteras, desde todos los ángulos: filosófico, sociológico, jurídico, psicológico, religioso, etc.

Para los fines del presente trabajo se asume la primera acepción de “libertad” que nos da el Diccionario de la Lengua Española, esto es concebirla como, “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”. Dicho en otras palabras: la libertad es el poder que tiene el ser humano de tomar sus propias decisiones vitales y de hacerse responsable de sus consecuencias. En suma, desde el ángulo de cada ser humano, la libertad es la posibilidad de “diseñar” su propio “proyecto de vida”.

Como dice el maestro Fernández Sessarego:

El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, profesional, familiar, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el singular “proyecto de vida”. El cumplimiento del proyecto se constituye, así, en el existir mismo del hombre, su realización en

el mundo como ser libertad. De ahí que Sartre pueda decir, con razón, que “el proyecto libre es fundamental, pues que es mi ser”¹.

Nuestra Constitución Política parece haber recogido esta dimensión *existencial* de la libertad al reconocer como derecho de toda persona a “su *libre* desarrollo y bienestar” (inc. 1 del art. 2). En tal sentido, el ordenamiento constitucional peruano ha positivizado el derecho de toda persona (todo ser humano) de elegir y tomar las decisiones sobre *su* propia vida en aras de procurarse *su* propio bienestar.

1.2. Límites jurídicos de la libertad

Si desde el ángulo del ser humano, libertad es tener el poder de decidir el qué hacer con su vida, ¿cuáles son los límites *jurídicos* de esta libertad?

La Constitución recoge una fórmula clásica sobre la libertad de la persona frente a los poderes públicos: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (art. 2, num. 24, lit. a).

Por tanto, el ámbito jurídico de la libertad del ser humano en cuanto sujeto de derecho se mueve en la zona de lo “no prohibido” por el Derecho.

Sin embargo, como señala De Trazegnies Granda² –al abordar la relación existente entre la libertad, sus límites y el derecho–, no debe perderse de vista que no pueden establecerse restricciones innecesarias que pudieran llegar a afectar la dignidad humana, como principio que hace de la persona el fin de la sociedad y del Estado.

De Trazegnies, justamente, llama la atención en lo importante que resulta que el Derecho no cierre los ojos ante los constantes estudios y avances de las demás ciencias y ante la continua evolución y cambios de la sociedad, debiendo más bien interactuar con todo ello.

En relación a la actuación del legislador –y a la actuación del Estado y sus poderes en general– frente a la libertad humana y al desenvolvimiento de la personalidad, afirma Juan Manuel Sosa Sacio³ que no podrán establecerse arbitrariamente límites al actuar de las personas, llegando al punto de imponer una concepción y/o modelo de “vida buena” o “sociedad justa”.

¹ Fernández Sessarego (2016:633).

² De Trazegnies Granda (1990:25-26).

³ Sosa Sacio (2008: 38 ss).

Únicamente cada persona es la que tiene la legitimidad de definir lo que constituye para ella – y para nadie más– su desarrollo personal, su realización plena. En este entendido, debe quedar claro que el Estado deberá de tener una posición de respeto e incluso, diríamos, de protección frente a las decisiones que tome cada individuo, en aras de conseguir las metas que se vaya trazando a lo largo de su vida.

1.3. La autonomía privada y sus límites

La autonomía privada es el pilar del Derecho Privado y hace referencia al “poder de gobernarse a sí mismo” que tiene todo sujeto de derecho.

Ello no podría ser de otra forma porque, como bien menciona Eric Palacios Martínez⁴, los privados se ven en la necesidad de –en forma autónoma y convencional– realizar actividad negocial a efectos de satisfacer espontáneamente sus diversas necesidades.

Es mediante el ejercicio de esta potestad que los sujetos crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas con los demás (la denominada autorregulación de intereses que es propia de cada sujeto). El medio para tal ejercicio es el negocio jurídico.

En este entendido, hablar de autonomía privada es hablar de soberanía y de cómo cada quien podrá *jurídicamente* disponer, reglamentar y ordenar sus propios intereses.

El significado de la autonomía privada se encuentra íntimamente relacionado con la libertad individual y con el ámbito de actuación de la misma. Empero, si bien ello es así, debe indicarse que sus significados no pueden equipararse.

Tal como lo señala Juan Espinoza Espinoza⁵:

(...) no se trata simplemente de reconocer un ámbito de libre actuación a la persona, sino de algo más. No es por esto autonomía privada lo mismo que libertad individual. Reconocer libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación.

Reconocerle autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica. Existe autonomía cuando el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.

⁴ Palacios Martínez (2007:101).

⁵ Espinoza Espinoza (2012:24).

Así, no es difícil percatarse que sí existe una diferencia cualitativa entre estos dos conceptos y que la misma tiene una relevancia práctica y no tan solo teórica, con la autonomía privada los seres humanos eligen a lo que quieren obligarse y a lo que no con respecto de otros.

1.3.1. Naturaleza

La autonomía privada es un principio que, por el respeto a la persona y su dignidad, el Derecho se ha visto en la necesidad de reconocer. Será ejerciendo esta facultad de crear, modificar y extinguir las relaciones jurídicas que el individuo podrá lograr su realización plena.

Siendo un principio, la autonomía privada envuelve a todo el ordenamiento jurídico, debiendo inspirar toda labor interpretativa, en particular cuando se esté frente a normas que representen una excepción al principio de autonomía – a saber, las llamadas normas prohibitivas y normas limitadoras – que siempre deben interpretarse restrictivamente.

La autonomía privada es tan importante para el ser humano que bien puede ser calificada como un *derecho fundamental*, lo que trae como consecuencia que en cada controversia en la que ésta se encuentre involucrada se tenga que realizar un ejercicio de ponderación, a efectos de verificar si corresponde sacrificarla en nombre de otro derecho fundamental y/u otro bien constitucionalmente protegido.

1.3.2. Límites

La autonomía privada no es y no podría identificarse con un poder absoluto. Lo contrario, implicaría aceptar que todo podría dejarse en manos del arbitrio individual de cada quien.

Si así fuera, desaparecería el rol de ordenación y de protección del Estado avalándose la satisfacción de cualquier interés, exponiendo y permitiendo la vulneración de los derechos del individuo identificado como la “parte débil”.

Conforme lo señala Eric Palacios Martínez⁶, la inexistencia de límites origina una situación que puede llamarse “crisis de degeneración de los poderes”. Según indica, si los poderes son vistos como absolutos y salvajes, finalmente resultarían

⁶ Palacios Martínez (2007:107).

lesivos de los intereses generales y, paradójicamente, también de los derechos fundamentales de los propios individuos.

Establecer los límites de la autonomía privada constituye una ardua labor, pues hay que conciliarlos con el respeto de la dignidad del individuo como titular de una autonomía que es anterior al propio Estado.

En tal línea, el legislador puede limitar la autonomía privada de dos formas: (i) Prohibiendo o no permitiendo determinado acto; y, (ii) Imponiendo determinado acto para lograr ciertos fines.

Ciertamente, en algunas ocasiones será la ley la fuente directa de la reglamentación de las relaciones jurídicas entre los particulares y otras veces únicamente será el complemento de la voluntad de las partes y suplirá los vacíos de los aspectos que éstas no hayan podido prever.

Respecto de los límites legales de la autonomía privada pueden individualizarse los siguientes grupos:

- a) Un primer grupo de negocios jurídicos, que el ordenamiento considera dignos de tutela, dándoles efectos jurídicos y también cubriendo los vacíos que hubieran podido generarse por la incompleta actividad declarativa de las partes.
- b) Un segundo grupo de negocios jurídicos, en los que el ordenamiento les niega la tutela estando desprovistos de reconocimiento jurídico.
- c) Un tercer grupo de negocios jurídicos que no solo no tienen ningún tipo de reconocimiento jurídico, sino que además son reprobados por ser contrarios a los propósitos de protección del interés general, siendo incluso combatidos y sancionados.

La cláusula general que impone los límites a la autonomía privada se encuentra en el art. V del Título Preliminar del Código Civil que establece: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

1.3.2.1.El orden público

El concepto jurídico de orden público es plurisignificante y cambiante, únicamente empezar señalando que el mismo hace alusión a un contexto en el que resalta la tranquilidad y la paz exterior de un determinado pueblo en una determinada época.

En esta línea el orden público puede definirse como el conjunto de principios vertebradores que acompañados de normas e instituciones regulan la vida jurídica y la convivencia de los individuos, los cuales se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso, y sobre los cuales se basa la organización, la estructura y el funcionamiento de una sociedad que inevitablemente va evolucionando constantemente.

Ahora, cabe indicar que gran parte de la doctrina ha pretendido que este concepto se identifique con el contenido de las leyes denominadas imperativas, sin embargo, dicha identificación no es correcta, siendo relevante tener clara la diferencia.

Para entender ello, se pasará a definir el concepto de normas imperativas, siendo que el mejor modo de hacerlo es diferenciándolas de las normas dispositivas. La definición de normas imperativas y normas dispositivas es explicada por Marcial Rubio Correa⁷ de la siguiente manera:

Las normas imperativas, dice Castán, se subdividen en preceptivas y prohibitivas. Las preceptivas (normas forzosas positivas) ordenan positivamente una consecuencia jurídica forzosa, a cuyo fin imponen el cumplimiento de determinados actos (v.g., el deber de prestación de alimentos, exigible en determinadas circunstancias). Las prohibitivas excluyen la posibilidad de realizar lo prohibido, sin establecer en su lugar una norma jurídica positiva (v.g. la prohibición de contratar sobre herencia futura, o sobre cosas o servicios imposibles) [...].

Las normas dispositivas o voluntarias también pueden subdividirse en interpretativas e integradoras o supletorias. Las primeras ayudan a la comprensión de la voluntad declarada cuando esta se ha expresado de modo dudoso o incompleto [...]. Las integradoras suplen la falta de la declaración de la voluntad suficiente. Los declarantes pueden haber omitido la regulación de ciertos efectos en un contrato [...] o pueden haber callado por completo en cuestiones que podían haber previsto.

⁷ Rubio Correa (2015:101).

Aclarado ello, puede afirmarse que existen normas cuya redacción parecería esconder su carácter imperativo, empero por la naturaleza de la materia y derechos que regulan no dan pie a que pueda desconocerse que son de orden público y que consecuentemente constituyen un límite a la autonomía privada.

Por su lado, Juan Espinoza, si bien comparte la diferenciación de Marcial Rubio, discrepa de él respecto a que el orden público se encuentre conformado por cada una de las normas imperativas de un ordenamiento, así como por los principios subyacentes a tales normas.

En efecto, para Espinoza Espinoza⁸, el orden público funciona antes que la norma imperativa (norma insustituible). De acuerdo a lo que sostiene, hay normas de orden público que no son imperativas (Artículo 242° del Código Civil, que regula los impedimentos relativos para contraer matrimonio), así como que hay normas imperativas que no son de orden público (Artículo 1328° del Código Civil, dispositivo que regula la nulidad de estipulaciones en la inejecución de obligaciones).

El orden público como límite de la autonomía privada encuentra su razón de ser en la protección del interés general de la comunidad y en el mantenimiento de una convivencia pacífica.

1.3.2.2. La moral y las buenas costumbres

La moral y las buenas costumbres estarían conformadas por aquellos preceptos que guían el comportamiento humano a actuar conforme a lo considerado “correcto” por una comunidad, dentro de un espacio, tiempo y contexto social determinado.

Estamos ante un concepto completamente subjetivo, relativo y dinámico, el cual se ubica dentro del delicado y complejo campo de las relaciones entre derecho y moral. No puede perderse de vista que, el significado de moral de ayer no es igual al de hoy ni será igual al de mañana, ni es el mismo en nuestra comunidad que en otra.

1.3.2.3. El fraude a la ley

En líneas generales, puede afirmarse que un fraude o un acto fraudulento es aquel acto que se encuentra destinado a *eludir* las reglas del ordenamiento. En este entendido, como ha precisado la doctrina⁹, el fraude a ley se configura cuando se

⁸ Espinoza Espinoza (2012:524).

⁹ Garaycott Ortiz (2013:341); Taboada Córdova (2013:416).

celebra un acto jurídico con una finalidad distinta a la contemplada o prevista por el derecho y el legislador, perjudicando a terceros y logrando tergiversar su función social.

El motivo de esta celebración y de la realización de esta inconducta o actuación disimulada es evadir maliciosamente un resultado, una consecuencia legal no deseada que debía haber sido obedecida, configurándose pues una infracción *indirecta* a lo dispuesto en el ordenamiento (infracción atípica).

En relación al fraude a ley, resulta interesante lo afirmado por Luis Diez Picazo y Ponce de León:

Aplicada esta idea dentro del mundo de los fenómenos jurídicos, aparece, a nuestro juicio, efectivamente claro que el *fraus* es una determinada manera de comportarse frente a los deberes jurídicos que se imponen a las personas. Frente a las reglas de derecho y a los deberes jurídicos puede la persona infringirlos de una manera frontal y paladina. Se produce entonces una evidente contravención de la norma y un acto *contra legem*. El acto fraudulento es una manera de eludir las reglas del derecho, de hacerlas vanas y de sustraerse a ellas no infringiéndolas frontalmente, sino buscando un medio artificioso o un subterfugio¹⁰.

2. La autonomía privada en el derecho de la familia

2.1. Naturaleza del derecho de familia

El derecho de familia es una rama compleja y particular. Hace más de 75 años decía don Emilio Valverde:

La familia, asociación espontánea y natural de los que dentro de la misma convivencia cumplen los fines de la vida material y espiritual, constituye la cédula primigenia, irreductible y fecunda expresión de la sociabilidad humana. De la existencia universal, se ofrece con las infinitas variantes que presenta su organización a través del espacio y del tiempo, como fuente originaria de los distintos agrupamientos sociales. Es sobre ella que se elabora y afirma en último término la vida y el desenvolvimiento de la Nación y del Estado, cuya conservación y prosperidad están vinculadas a la sana y vigorosa constitución de esa primera unidad social¹¹.

De lo expresado en la cita, puede afirmarse que desde siempre, la familia ha sido considerada como la piedra angular, el componente base de toda sociedad. Por

¹⁰ Diez Picazo y Ponce de León (1992:10) [cursivas del autor].

¹¹ Valverde (1942:07).

este motivo, la conducta, el comportamiento y la actitud de cada una de ellas, va a generar efectos en la forma cómo está estructurada cada comunidad.

Ahora bien, uno de los temas más discutidos respecto del derecho de la familia es si forma o no parte del Derecho Privado.

Sin desconocer que las normas que regulan las relaciones familiares tienen un cierto interés público en cuanto al Estado le “interesa” cómo está estructurada y organizada la familia, al no ser la familia un “ente público”, el Derecho de Familia tampoco pertenece a esta rama del derecho.

En tal línea, se puede afirmar que el Derecho de Familia es un derecho *sui generis* y, como tal, su regulación también debe serlo. En ese sentido, para nosotros deberán tomarse en cuenta los principios del Derecho Privado y los principios del Derecho Público que correspondan, según el ámbito familiar que se esté regulando; a saber, personal, económico, paterno filial, etc.

2.2. Características

Las características del Derecho de Familia van a depender de la posición que se asuma frente a su naturaleza.

La teoría que se puede llamar “tradicional”¹² se inclina a darle al derecho de familia las características propias del Derecho Público, a saber:

- a) la mayoría de sus disposiciones – en aras de satisfacer el interés superior de la familia– son imperativas e involucran al orden público;
- b) las instituciones familiares tienen un contenido ético, encontrándose muy influenciadas e íntimamente relacionadas con la moral;
- c) los derechos subjetivos que emergen esta rama del Derecho implican a su vez deberes; derechos y deberes se fusionan para el mejor cumplimiento de los fines de la familia.

Sin embargo, la tendencia contemporánea –a la luz de los principios constitucionales del respeto de la dignidad de la persona, de libertad y de libre desarrollo de la personalidad– es hacia la “liberalización” de las relaciones familiares,

¹² Cornejo Chávez (1999:20-21); Lasarte Álvarez (2011:07); Plácido Vilcachagua (2001b:21-22); y Torrero Muñoz (2003:36).

dotando a los integrantes de la familia de mayor libertad y autonomía frente al ordenamiento legal, una autonomía “quizá no omnipotente, pero ciertamente omnipresente”¹³. Esta visión liberal tiende a valorizar a la familia como el lugar de plena realización de la personalidad de sus miembros y no como una “entidad abstracta” con fines superiores a las de sus miembros.

3. El matrimonio y su disolución

Durante muchos siglos el matrimonio ha sido considerado el acto fundamental del derecho de familia; la fuente “legítima” de las relaciones familiares. De allí la resistencia respecto a la disolución del vínculo por él creado. En esta línea, el matrimonio como acto solemne de unión de un hombre y una mujer era considerado indisoluble y solo la muerte podía ponerle fin¹⁴.

Bajo esta concepción el vínculo creado por el matrimonio, “no es solo un lazo entre dos individuos, sino un vínculo, éticamente relevante, una institución que la colectividad debe salvaguardar”¹⁵, incluso contra la voluntad de los cónyuges. En tal línea, la posibilidad de la disolución del vínculo no atañe a los cónyuges sino a la sociedad.

Esta concepción ha gravitado sobre la sociedad occidental de inspiración católica durante mucho tiempo, manteniéndose incluso cuando el matrimonio se volvió un instituto civil y no solo religioso (lo que ocurre con la codificación napoleónica), dando lugar a la conocida polémica entre divorcistas y antidivorcistas.

3.1. Debate entre las tesis antidivorcistas y divorcistas

En efecto, frente al divorcio, entendido como disolución del vínculo jurídico creado por el matrimonio, existen dos posiciones bien marcadas¹⁶. En primer lugar, se tiene a los antidivorcistas constituidos por el grupo de los que consideran que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, que es lo que se denomina un “*consertium omnis vitae*”.

¹³ Amagliani (2014: 583).

¹⁴ La indisolubilidad del matrimonio ha sido (y sigue siendo) uno de los pilares de la doctrina católica, indisolubilidad que fue plasmada en el año 1563 en el Concilio de Trento, Concilio en el que se le reconoció como un sacramento (Rimini 2015: 8).

¹⁵ Rimini (2015: 10-11).

¹⁶ Álvarez Olazábal (2006: 40); Cornejo Chávez (1999: 348-349); Corral Talciani (2005:180 - 183); Umpire Nogales (2001:74-77).

Para este grupo, la posibilidad de ruptura del matrimonio es inconcebible y se encuentra vetada, ya que en el matrimonio descansa la estabilidad de la familia y se realizan valores espirituales y morales, debiendo primar el interés familiar sobre el bien individual. Por este motivo, una regulación liberal del divorcio, sería contradictoria ya que propiciaría que muchos individuos opten por contraer nupcias apresuradamente, en forma impensada.

La posibilidad de divorciarse –y sobre todo la posibilidad de hacerlo a través de un procedimiento sencillo– haría que casarse se convierta en una actividad *cuasi* rutinaria, pues ante cualquier mínima desavenencia en la relación, los cónyuges “relajarían esfuerzos” a efectos de salvar su relación pues tienen a la mano la opción de ruptura del vínculo.

Asimismo, los defensores de la tesis antidivorcista, indican que el divorcio perjudica sobremanera a los hijos, quienes sin tener ninguna culpa, dejarían de gozar del cariño mutuo y la convivencia con ambos padres.

Por otro lado, quienes se encuentran a favor del divorcio hacen énfasis en el hecho que el divorcio se presenta como la alternativa de solución para poner fin a los problemas que pudiera estar afrontando la pareja. Se resalta lo inútil que resulta insistir en el reconocimiento de un nexo que de hecho ha dejado de existir.

Para los divorcistas, tal como menciona Enrique Varsi¹⁷, el divorcio no pretende de ninguna manera destruir la familia, sino solamente dar una solución a aquellos matrimonios que estén rotos, aquellos matrimonios que hayan sufrido una quiebra irreparable en su existencia.

Se trata de dar una nueva oportunidad a aquellos cónyuges que se equivocaron, reconociendo que el obligarlos a continuar juntos no cumple con ninguno de los fines del matrimonio, siempre que éste venga concebido como una comunidad de vida material y espiritual entre los cónyuges. En cuanto al sufrimiento de los hijos, los partidarios del divorcio indican que justamente son ellos los que más se perjudicarían con el intento de mantener un matrimonio destruido.

¹⁷ Varsi Rospiglosi (2001: 4).

3.2. Modelos de divorcio

Por contraposición al modelo de matrimonio indisoluble, a lo largo del tiempo se han ido formando “modelos” de divorcio, los cuales pueden ser así esquematizados:

3.2.1. El divorcio-sanción

El modelo del “divorcio-sanción” es aquel que concibe la disolución del vínculo como consecuencia de la comisión por parte de uno de los cónyuges de una “culpa” frente al otro.

Conforme lo señala la doctrina¹⁸, en el modelo del divorcio-sanción, la declaración judicial de disolución del vínculo presupone la prueba de los hechos que se imputan al cónyuge demandado, al cual se le atribuye la culpa de la ruptura matrimonial.

El divorcio así concebido implica algo similar a un castigo contra el “culpable” de la realización de la conducta antijurídica, el cual provoca una serie de efectos de índole patrimonial y personal.

Siendo ello así, se afirma que la facultad para solicitar que se dé por terminado el matrimonio recae exclusivamente sobre el cónyuge que ha sido ofendido con la conducta culposa de su pareja, quien deberá fundarse en incumplimientos graves y reiterados de los deberes maritales que derivaron en la frustración de la finalidad del matrimonio.

Será únicamente quien sí observó y cumplió cada uno de dichos deberes, quien contará con interés legítimo para demandar. La posibilidad de divorciarse vendría a ser un derecho subjetivo que el legislador ha decidido otorgar solo al “inocente”.

3.2.2. El divorcio-remedio

Frente al divorcio-sanción se contraponen el divorcio-remedio que ve en la disolución del vínculo una solución a la situación insostenible o de quiebre entre los cónyuges¹⁹.

¹⁸ Aguilar Llanos (2008:223).

¹⁹ Aguilar Llanos (2008:223-224); Plácido Vilcachagua (2001: 15-16); Quispe Salsavilca (2002: 96-98); Umpire Nogales (2001: 157-158).

En el divorcio remedio lo importante es que estemos frente a un matrimonio en donde reina la falta de entendimiento entre los cónyuges, siendo que esa inestabilidad ha llevado la ruptura de la convivencia armoniosa de la pareja.

En este tipo de divorcio es totalmente irrelevante cuál ha sido el origen del conflicto ni a quién debe imputarse el fracaso matrimonial, pues lo importante es exclusivamente la ruptura y no buscar cargarle la responsabilidad y sus consecuencias a uno de los cónyuges.

En este tipo de concepción lo relevante es la circunstancia del fracaso personal y social de la pareja matrimonial, motivo por el cual, en principio, lo normal es que ambos esposos se sientan frustrados y desilusionados.

La idea fundamental del divorcio-remedio es que habiéndose constatado por el juez la ruptura conyugal, puede y debe procederse a la disolución del vínculo, dentro de un proceso lo menos desgastante posible.

Tal como lo señala de Mauricio Luis Mizrahi²⁰:

[...] es dable concluir que la vía del divorcio-remedio no se abre regularmente para atender a los casos en que no ha mediado la comisión de “actos culpables” por parte de uno o ambos esposos, sino precisamente para los supuestos en que, a pesar de que tales hechos “culpables” se verifican para la ley en toda su pureza, los cónyuges prefieren – con el visto bueno legal – que la disolución vincular transmite por un carril mucho menos traumático y más civilizado: exhibir al juez la quiebra del matrimonio sin realizar indagaciones acerca de quién o quienes han sido los autores de ese estado de cosas.

3.2.3. El divorcio incausado

Esta clase de divorcio hace referencia a un tipo de proceso en el que no se realiza ningún tipo de imputación, al igual que el divorcio remedio, tampoco se busca identificar a un cónyuge “culpable” y a otro “inocente”.

Sus propulsores sostienen que los principios de perdurabilidad e inamovilidad propios de la concepción tradicional de familia deben de ser reformulados. De este modo, con mayor o menor rapidez y en mayor o menor extensión, van impulsando la instauración de regímenes normativos de naturaleza abierta y pluralista.

²⁰ Mizrahi (2001: 205-206).

En este escenario el divorcio-incausado, como su propio nombre lo señala, no exige a la pareja (si fuera convencional) o al cónyuge (si fuera unilateral), la expresión de la causa por la cual se ha tomado la decisión de terminar con su matrimonio.

En este tipo de divorcio la acreditación de la culpa o del desquiciamiento matrimonial (allí su diferenciación con el divorcio remedio) no tienen lugar. El juez estará obligado a declarar la disolución del vínculo matrimonial, tan solo porque así se lo ha solicitado la pareja o porque así se lo ha solicitado uno de los cónyuges.

Las causas que pudieran haber generado la crisis matrimonial quedan en la intimidad de la pareja. Estas causas de hecho existen, sin embargo, el juzgador se encuentra impedido de indagar para saber cuáles fueron.

La idea fundamental del divorcio incausado está en que la voluntad de mantener el vínculo matrimonial es una voluntad conjunta (de la pareja) y continua (debe perdurar durante la vigencia de vínculo). En tal línea, no existe modo de que se pueda forzar a una persona a cumplir con las obligaciones que contrajo al celebrarse las nupcias, se trata de algo impracticable, se debe ser consciente que dicho cumplimiento solamente puede darse en forma espontánea. Por un tema de humanización del matrimonio, bastará que uno de los cónyuges así lo desee, para que la disolución del vínculo pueda declararse.

4. El divorcio en el Perú: del matrimonio indisoluble del Código Civil de 1852 a la “desjudicialización” de la disolución del vínculo de la Ley N° 29227

El ordenamiento peruano en materia de divorcio tiene una evolución en la que claramente se muestran las constantes tensiones entre la libertad y la sujeción propias de todos aquellos ordenamientos tributarios de la tradición católica: “la historia del divorcio en la sociedad occidental –dice Carlo Rimini– es, en efecto, la historia de una fuga de la concepción católica del matrimonio intrínsecamente indisoluble”²¹.

De esta evolución –que en el ordenamiento peruano obviamente no ha terminado aún– se abordará el tratamiento del divorcio desde nuestro primer Código Civil republicano hasta llegar a la disolución extrajudicial del vínculo matrimonial “autorizada” por la Ley N° 29227, evolución ésta que permitirá hacer unas reflexiones sobre el cómo se ha ido ampliando, también entre nosotros, el peso de la autonomía privada a los efectos de la disolución del vínculo nacido del acto matrimonial.

²¹ Rimini (2015: 8), citando a Philips.

4.1. El matrimonio indisoluble del Código Civil de 1852 y la separación de cuerpos como solución a la crisis de la familia “legítima”

Cuando el Código Civil viene promulgado, la “Nación Peruana” era, por proclamación constitucional, un Estado confesional católico. Así proclamaba el art. 3 de la Constitución entonces vigente (la de 1839):

Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana, que profesa sin permitir el ejercicio de cualquier otro culto.

De allí que no es de sorprender que el art. 156 del Código Civil de 1852 estableciera:

El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el concilio de Trento.

A su vez, en el art. 138 se estableció la competencia de los tribunales eclesiásticos en todo lo relativo “al matrimonio y al divorcio”, mientras que los jueces seculares lo era para los “esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, litis expensas, liquidación y devolución de bienes, criminales sobre adulterio, y en general, de todas las causas sobre los efectos civiles del matrimonio y del divorcio”.

Notable es la concepción del matrimonio contenida en su art. 132:

Por el matrimonio se unen *perpetuamente* el hombre y la mujer en una *sociedad legítima*, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana²².

La indisolubilidad viene reiterada en su art. 134:

Art. 134. El matrimonio legalmente contraído es *indisoluble*; *acábase solo por la muerte de alguno de los cónyuges*. Todo lo que se pacte en contrario es nulo, y se tiene por no puesto²³.

Sin embargo, pese a que el Código de 1852 regula el pacto de sponsales (art. 120: “La promesa de contraer matrimonio, que se hacen mutuamente el varón y la mujer, constituye los sponsales”), su art. 133 zanja al matrimonio como un acto producto de la “libertad” de los contrayentes:

No hay matrimonio, si los contrayentes no manifiestan, de un modo externo, su libre y mutuo consentimiento.

²² Cursivas agregadas.

²³ Cursivas agregadas.

Por lo que interesa al presente trabajo, el “divorcio” previsto en el Código de 1852, es únicamente la separación de cuerpos. Así disponía el art. 191 que el “Divorcio es la separación de los casados, *quedando subsistente el vínculo matrimonial*”.

Conforme al art. 192, las causas del “divorcio” eran las siguientes:

- 1.- El adulterio de la mujer;
- 2.- El concubino ó la incontinencia publica del marido;
- 3.- La sevicia ó trato cruel;
- 4.- Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro;
- 5.- El odio capital de alguno de ellos, manifestando por frecuentes riñas graves, o por graves injurias repetidas;
- 6.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad;
- 7.- Negar el marido los alimentos á la mujer;
- 8.- Negarse la mujer, sin graves y justas causas a seguir a su marido.
- 9.- Abandonar la casa común, ó negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales;
- 10.- La ausencia sin justa causa por más de cinco años;
- 11.- La locura ó furor permanente que haga peligrosa la cohabitación;
- 12.- Una enfermedad crónica contagiosa;
- 13.- La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

La declaración de divorcio (por el Tribunal Eclesiástico) ponía “término a los deberes conyugales, *en cuanto al lecho y habitación*, y disuelve, en cuanto á los bienes, la sociedad legal” (art. 208), pudiendo los cónyuges separados “ejercer sus derechos civiles sin la dependencia que antes existía entre ellos” (art. 209)

Un primer paso hacia la laicización del matrimonio, se tuvo con la Ley del 23 de diciembre de 1897, ley que “autorizó” el matrimonio “de las personas que no profesan la religión católica” y de aquellos a los que la Iglesia les negara la “licencia matrimonial” fundada en la disparidad de cultos. Esta ley, a la par de regularizar los matrimonios de los no católicos celebrados ante “los Agentes Diplomáticos o Consulares o ante los Ministros de Cultos disidentes” (art. 7), le atribuyó a los Alcaldes la competencia para celebrar el matrimonio (art. 1), las “formalidades legales” (art. 2) y, sobre todo, se estableció en su art. 4 que:

Los juzgados civiles conocerán de los juicios sobre separación de cuerpos y nulidad de los matrimonios celebrados conforme a esta ley, y los sustanciarán por la vía ordinaria, con audiencia del Ministerio Fiscal.

4.2. El vuelco histórico de 1930/1934: el divorcio vincular y el mutuo disenso pragmáticamente entendido

La definitiva secularización del matrimonio y la introducción del divorcio vincular debió haberse producido en setiembre de 1920, cuando el Congreso de la República aprobó la ley sobre el matrimonio civil obligatorio y sobre el divorcio “absoluto”. Sin embargo, la ley fue observada por el Poder Ejecutivo presidido por Augusto B. Leguía, por lo que se tuvo que esperar hasta el 8 de octubre de 1930, fecha en la que la Junta de Gobierno presidida por Luis Sanchez Cerro, por Decreto-Ley N° 6889, retira las “observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo el 19 de noviembre de 1920” y dispone la promulgación de la Ley de 1920, lo que se plasma, en seguida, con el Decreto Ley N° 6890 de la misma fecha.

El Decreto Ley N° 6890 marca un auténtico hito histórico, en cuanto establece que:

- a) el único matrimonio válido es el celebrado conforme a las reglas de la Ley del 23 de diciembre de 1897 (art. 1);
- b) Los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio serán de competencia de los Tribunales Civiles, “sustanciándolos por los trámites fijados para el juicio de menor cuantía” (art.2);
- c) Cuando el divorcio tenga por causas los motivos de los incs. 1, 2, 3, 4, 10, 11, 12 y 13 del art. 192 del Código Civil “producirá los mismos efectos que la nulidad”, esto es, disolver el vínculo;
- d) Introduce (lo que luego se llamará) la consulta de la sentencia de primera instancia “favorable a la demanda” en caso de no apelarse (art. 4, primer párrafo), citándose a los cónyuges a “comparendo”, pero si “ninguno concurre”, la Sala, “confirmará la sentencia, estando el procedimiento ajustado a ley”;
- e) En caso de apelación, la “mayoría de los votos forma el fallo” (art. 4, segundo párrafo).

- f) Contra la sentencia de segunda instancia puede interponerse recurso de nulidad “por cualquiera de los cónyuges”, pero la Corte Suprema “solo podrá declarar la insubsistencia del auto de vista, indicando con precisión los vicios que debe subsanar el Tribunal, sin que en ningún caso vuelva el expediente a primera instancia”.
- g) La sentencia de divorcio “emancipará a los hijos mayores de dieciocho años, y fijará necesariamente el régimen a que deben sujetarse los hijos menores de esta edad”, debiendo el Tribunal conformarse “en cuanto sea conveniente con las medidas en que están de acuerdo ambos cónyuges” (art. 5).

Aunque el divorcio vincular previsto en esta ley, es un divorcio por algunas de las causales del art. 192 del Código de 1852 (por lo que nos movemos en la órbita del divorcio-sanción), hay que evidenciar la bocanada de “aire” liberal con el que se aborda, en particular, en lo atinente a sus aspectos procesales (el procedimiento es el de menor cuantía; se priva a la Corte Suprema del poder de pronunciarse sobre el fondo, se quieren evitar los reenvíos anulatorios hasta la primera instancia, etc.).

Pero el segundo y mucho más trascendente hito hacia la “liberalización” del vínculo matrimonial lo representan las Leyes N° 7893 y N° 7894.

Ambas leyes fueron promulgadas *directamente* por el propio Congreso Constituyente de 1931, en una fecha que debería ser recordada: el 22 de mayo de 1934. El Congreso procedió a promulgarlas por cuanto el Poder Ejecutivo no lo hizo oportunamente. Sin embargo, la que lleva el N° 7893 fue remitida al Ejecutivo el 26 de abril de 1933, es decir, cuatro días antes del asesinato de Luis Sanchez Cerro²⁴, mientras que la que lleva el N° 7894, lo fue el 25 de setiembre de 1933, cuando la Presidencia de la República era ejercitada ya por Oscar R. Benavides.

Por la Ley N° 7893, se ratifican los Decretos-Leyes N° 6889 y 6890 de la Junta militar de Sánchez Cerro, se derogan los incs. 6, 7 y 8 del art. 192 del Código Civil (art. 3), se amplían las causales de divorcio y, sobre todo, se introduce el divorcio por mutuo disenso, con la siguiente fórmula:

²⁴ Ocurrido, como se sabe, el 30 de abril de 1933, en el (entonces) Hipódromo de Santa Beatriz (hoy Campo de Marte).

Artículo 2.— Producirá así mismo los efectos de la nulidad matrimonial el divorcio que se solicite por mutuo disenso o por los motivos consignados en los incisos 5 y 9 del artículo 192 del Código Civil.

Con ello, por un lado, el divorcio podía ya pedirse por todas las causales del art. 192 del Código Civil y, por el otro, era posible que ambos cónyuges demandaran conjuntamente el divorcio, esto es, de manera *directa* y sin mayor “causa” que su “mutuo disenso”²⁵.

Por su lado, el art. 4 de la Ley N° 7893, estableció:

Cuando se solicitara el divorcio por mutuo disenso, se citará siempre a comparendo, pudiendo desistirse alguna de las partes hasta dentro de los diez días posteriores a la diligencia de comparendo.

Pero, lo más importante (para el presente trabajo) es lo dispuesto en el art. 6 de la Ley N° 7893:

En el caso de que, por separado, ambos cónyuges, interpongan demanda de divorcio *o el demandado convenga en la demanda*, el Juzgado considerará como de mutuo disenso la causal del divorcio, ordenando el trámite pertinente.

Es decir, esta ley consagró algo inédito (y auténticamente revolucionario) para su época: si ambos cónyuges se demandaban “por separado”, imputándose recíprocamente alguna causal (esto es, alguna de las del art. 192 del Código de 1852), el juez *debía* considerar “como de mutuo disenso la causal del divorcio”, esto es, se plasmó un pionero entendimiento del divorcio como remedio frente a la crisis matrimonial, manifestada por las demandas recíprocas.

Y lo mismo debía hacer el juez si el demandado “convenía” en la demanda, esto es, si se allanaba, audaz solución del Congreso Constituyente, que no solo era inédita en su época²⁶, *sino que lo es hasta hoy*. Ciertamente, el allanamiento del demandado, en el diseño de la Ley 7893, no conducía a que se dictara de inmediato sentencia, tal como lo disponía el art. 322 del Código de Procedimientos Civiles²⁷,

²⁵ Conviene recordar que el Código de 1852, en su artículo 2212 contemplaba al “mutuo disenso” como supuesto de extinción de las obligaciones. En el art. 2272 lo concebía así: “Se acaban las obligaciones de la misma manera que se forman, cuando la persona á favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, conviene mutuamente en extinguirla”.

²⁶ La contemporánea (y progresista) Ley de Divorcio (Ley del 2 de marzo de 1932) de la II República española, no llegó tan lejos, tanto es así que respecto al divorcio por causal dispuso en su art. 51: “La confesión y el allanamiento a la demanda no bastarán por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria”.

²⁷ Cabe señalar que, a diferencia de otros ordenamientos procesales latinoamericanos y de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, el Código de Procedimientos Civiles de

sino a que el juez citara a los cónyuges a “comparendo” (esto es, a audiencia) conforme a lo dispuesto en el art. 4 de la Ley.

Sin embargo, las audaces soluciones de la Ley N° 7893 fueron un tanto mediatizadas por la siguiente: en efecto, la Ley N° 7894, en su artículo único dispuso:

No se podrá ejercitar el derecho de pedir el divorcio por mutuo disenso, sino por los mayores de edad y transcurridos tres años de la celebración del matrimonio”.

Se podrá discutir si frente a la Ley N° 7893, la Ley N° 7894 al establecer un plazo de tres años desde la celebración del matrimonio para pedir el divorcio por mutuo disenso, constituyó o no un retroceso, pero lo que es indiscutible es que ambas leyes le daban a los cónyuges el “derecho” a pedir el *divorcio* (o sea, la disolución del vínculo) por mutuo disenso y no simplemente el de pedir la separación para su ulterior conversión a divorcio, que es el *limitado* derecho que hasta hoy tienen los cónyuges en el ordenamiento peruano.

4.3. El Código Civil de 1936: del divorcio por mutuo disenso a la separación por mutuo disenso

Así las cosas, dos años después, esto es, el 29 de mayo de 1936, el Congreso Constituyente aprueba una ley por la que se autoriza al Poder Ejecutivo para promulgar el Proyecto de Código Civil preparado por la Comisión Reformadora del Código Civil. La Ley, signada con el N° 8305, fue promulgada por Oscar R. Benavides con fecha 2 de junio de 1936. En su art. 1 se estableció:

Autorízase al Poder Ejecutivo para promulgar el proyecto de Código preparado por la “Comisión Reformadora del Código Civil”, introduciendo las reformas que estime convenientes de acuerdo con la Comisión que designe el Congreso Constituyente, *pero manteniendo inalterables en dicho Código las disposiciones que sobre el matrimonio civil obligatorio y divorcio contienen las leyes N°s. 7893, 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931*²⁸.

1912 sí regulaba el allanamiento en sus artículos 322 a 324. El art. 322 disponía: “Cuando el demandado conviene en la acción, se pronunciará sentencia, previa citación”. Por su parte, el art. 323 establecía: “En los juicios con menores y personas incapaces, si sus representantes convienen en la acción, se pronunciará sentencia, previa aprobación mediante las formalidades establecidas por el artículo 1716 del Código Civil”. Finalmente, el art. 324 disponía: “Si el demandado es el Estado o alguna Corporación de carácter oficial y su representante conviene en la acción, no se pronunciará sentencia, si no consta la aprobación expresa del allanamiento por el Gobierno o Corporación”.

28

Cursivas agregadas.

Por tanto, el Poder Ejecutivo fue autorizado para promulgar un nuevo Código Civil, conforme al Proyecto de la Comisión Reformadora, pero el propio Congreso Constituyente le puso un candado: el nuevo código debía *mantener inalterables* “las disposiciones que sobre el matrimonio civil obligatorio y divorcio contienen las leyes N°s. 7893, 7894”.

El nuevo Código Civil fue promulgado por Decreto del Ejecutivo del 30 de agosto de 1936, programando su vigencia para el 14 de noviembre de ese mismo año. Sin embargo, el mandato de la Ley N° 8305 fue solo aparentemente respetado, pues si efectivamente se mantuvo el divorcio “vincular” (art. 253: “El divorcio declarado disuelve el vínculo del matrimonio”) y efectivamente se mantuvo el mutuo disenso como causal de divorcio (inc. 10 del art. 247), tal causal podía invocarse “con arreglo a las disposiciones del título tercero”. ¿Y qué contemplaba el Título Tercero? Pues, ni más ni menos que la “separación de cuerpos y del mutuo disenso”.

Por tanto y en buena cuenta, el Código Civil de 1936, “permitió” el *divorcio directo* solo respecto de las causales de los incs. 1 a 9 del art. 247 (adulterio; sevicia; atentado contra la vida del cónyuge; injuria grave; abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos; conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común; uso habitual e injustificado de substancias estupefacientes; enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio; condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio), con la expresa previsión de que – para que no hubiera dudas de que se estaba ante un divorcio-sanción– que “Ninguno de los cónyuges puede fundar la acción de divorcio en hecho propio” (art. 249). Lo cual nos coloca a años luz del divorcio-remedio, que era el espíritu que latía en las Leyes del Congreso Constituyente de 1931 (evidenciada, sobre todo, en el audaz art. 6 de la Ley N° 7893).

Ahora bien, por lo que atañe a la separación, la primera disposición del Título Tercero disponía que “El divorcio puede limitarse a la separación de los casados” (art. 269), pasando a establecer en el art. 270:

La separación puede pedirse:

- 1.- Por las causas enunciadas en los incisos 1 al 9 del artículo 247.

2.- Por mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Es decir que mientras las Leyes N° 7893 y 7894 le daban a los cónyuges la posibilidad de pedir *de manera conjunta y directamente el divorcio* (que, según la fórmula de la Ley N° 7893 producía el mismo efecto que la “nulidad matrimonial”), el Código Civil de 1936, *transformó* el derecho de los cónyuges a la disolución del vínculo por mutuo disenso a un *mediatizado* derecho a pedir la separación de cuerpos, que, tal cual el “divorcio” del Código de 1852, “pone término a los deberes conyugales relativos al lecho y habitación y disuelve la sociedad legal, dejando subsistente el vínculo del matrimonio” (art. 271).

Ahora bien, hay que notar que el plazo para pedir la “separación” por mutuo disenso fue reducido a dos años, pero en realidad el plazo de tres años de la Ley N° 7894 fue “fraccionado”: dos años para poder pedir la “separación de cuerpos” y, un año más, luego de obtenida la sentencia de separación, para poder pedir la disolución “del vínculo del matrimonio”. Es así que el art. 276 disponía:

Trascurrido un año de la sentencia de separación, *cualquiera de los cónyuges*, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Formulada esta solicitud, el juez, *por el sólo mérito de la sentencia* y sin trámite alguno, declarará el divorcio²⁹.

Por tanto, el Código Civil de 1936 lejos de mantener “inalterables” las Leyes N° 7893 y N° 7894, las *alteró* sustancialmente, consagrando el procedimiento “bifásico” que tenemos hasta hoy: en el caso de mutuo disenso primero se pide la separación y, luego, tras la sentencia de separación, el divorcio.

Ahora bien, respecto de la “separación de cuerpos” hay que tener en cuenta que conforme al Código Civil de 1936, ella procedía tanto por todas las causales de divorcio del art. 247 como por el mutuo disenso y el art. 276 era aplicable a ambos supuestos, esto es, incluso declarada la separación por alguna causal culposa, “cualquiera de los cónyuges”, basándose *solo* en la sentencia de divorcio, podía pedir, tras un año, la declaración de divorcio.

Pero el Código Civil de 1936 no solo alteró el régimen del mutuo disenso de las Leyes N° 7893 y N° 7894, sino que al establecer las “Reglas que se observarán

²⁹ Cursivas agregadas.

durante los juicios de divorcio y separación de cuerpos”, confirmando que los procesos de divorcio y de separación se debían sustanciar por las reglas del juicio de menor cuantía (art. 278), obviamente no contempló la audaz disposición del art. 6 de la Ley N° 7893 (sobre los efectos de las demandas recíprocas y del allanamiento) y estableció que:

- a) En el caso de separación por mutuo disenso, tras la citación a comparendo, cualquiera de las partes podía revocar su consentimiento “dentro de los treinta días posteriores a dicha diligencia”, esto es amplió de diez a treinta el plazo para la revocación del consentimiento (art. 279).
- b) El “ministerio fiscal” debía ser parte “en todos los juicios de divorcio o de separación” (art. 280), lo que ya estaba en la Ley del 23 de diciembre de 1897, mas no en las Leyes N° 7893 y N° 7894;
- c) El demandante podía “en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio, convirtiéndola en una de separación” (art. 286);
- d) Aunque la demanda o la reconvencción tuviera por objeto el divorcio, “el juez podrá declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien” (art. 287);
- e) De no apelarse la sentencia de divorcio o separación, debía elevarse en consulta, debiendo el Tribunal Superior “tanto en este caso como en el de apelación” citar a los cónyuges a comparendo, y si ninguno concurría debía absolver “el grado o la consulta” (art. 290), es decir, lo que en la Ley N° 7893 estaba solo previsto para el divorcio por mutuo disenso, lo extendió a todos los casos, sin decir que en caso de consulta, si los cónyuges no concurrían al comparendo “confirmará la sentencia” (art. 4 de la Ley N° 7893), abriendo así la puerta a la posibilidad de que la sentencia consultada fuera desaprobada por la Sala Superior por razones distintas a infracciones procesales.
- f) Contra la sentencia de segunda instancia podía interponerse recurso de nulidad (art. 291), sin establecer limitaciones a los poderes de la Corte Suprema.

Es pues evidente que el Código Civil de 1936 constituyó un *retroceso* frente a las opciones progresistas y liberales adoptadas por el Congreso Constituyente de 1931, sobre todo, con la Ley N° 7893. Lo cual se entiende si se tiene presente que la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 (constituida en 1922 durante el gobierno de Leguía) era antidivorcista y que el gobierno presidido por Oscar R. Benavides se había negado a promulgar las Leyes N° 7893 y N° 7894.

Por tanto, si bien el Código Civil de 1936 contempló el divorcio, lo estableció con tantas y tales mediatizaciones, en particular procesales, que no hay que esforzarse mucho para ver su tendencia antidivorcista.

4.4. El Código Civil de 1984: de las causales de divorcio a las causales de separación

Si el Código Civil de 1936 representó un retroceso frente a las liberales soluciones de la Ley N° 7893 de 1934, el Código Civil de 1984, a su vez, constituyó un retroceso del retroceso en el campo del divorcio.

Ello es particularmente evidente si se observa que lo que eran causales de divorcio en el Código Civil de 1936, en el Código Civil de 1984 *mutaron* a causales de separación de cuerpos (art. 333), es decir, mientras que el Código de 1936 establecía que se podía demandar la separación por las causales de divorcio, el Código de 1984 *invirtió* la figura y estableció, en su texto original, que “Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 al 10” (art. 349).

Por tanto, el enfoque antidivorcista del Código Civil de 1984 es patente, tan patente que hasta hoy en el ordenamiento peruano no hay *propiamente* “causales” de divorcio, sino de separación que *también* pueden justificar una petición de divorcio. Lo cual no debe sorprender si se tiene en cuenta que la redacción del proyecto del Libro de Familia fue encomendada a don Héctor Cornejo Chavez, autor notoriamente partidario de la indisolubilidad del matrimonio³⁰. Baste, para entender su posición la siguiente cita:

[...] sociedad es orden y orden es control de las relaciones humanas, firmeza de las instituciones, nitidez en los derechos y deberes. De aquí que el orden social no sea posible si no se fija a cada cual la esfera de su acción: y que a la colectividad no puede serle indiferente la forma en que se cumple el fin natural de la procreación. De esta consideración elemental surge la superioridad social

³⁰ Cfr. Cantuarias Salaverry (1991:66).

del matrimonio sobre la unión libre y promiscua, de la monogamia sobre la poligamia, *de la indestructibilidad del vínculo sobre su disolubilidad*: porque es evidente que *el vínculo monógamo y permanente* permite, no solamente atribuir a cada sujeto sus derechos y sus obligaciones, sino asegurar un pleno y eficaz cumplimiento de los mismos³¹.

Habiendo sido enfocadas las causales “inculpatorias” como de separación –y como consecuencia, el que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda de separación en hecho propio, art. 335– se mantuvo el procedimiento “bifásico” para obtener la disolución del vínculo: primero la separación y luego, una vez obtenida la sentencia correspondiente, el divorcio. El mutuo disenso de los cónyuges, tal cual como en el Código Civil de 1936, solo “autorizaba” la petición de separación.

De allí el art. 354 (en su texto original):

Transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge *inocente* de la separación por causal específica³².

Si bien se observa, cuando la separación se haya declarado por alguna de las causales de los incs. 1 a 10 del art. 333, solo legitima a pedir la conversión de la sentencia de separación a divorcio al “cónyuge inocente”, quedando solo para el supuesto de separación por mutuo disenso el que cualquiera de los cónyuges, basándose solo en la sentencia de separación, pueda pedir “que se declare disuelto el

³¹ Comejo Chávez (1999: 327) [cursivas agregadas].

³² Cursiva agregada. El texto del art. 354 del Código Civil ha sido sucesivamente reformado: Primero por el Código Procesal Civil (Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. // Igual derecho podrá ejercer el cónyuge *inocente* de la separación por causal específica”), luego por la Ley N° 27495, del 7 julio de 2001 (Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. // Igual derecho podrá ejercer el cónyuge *inocente* de la separación por causal específica.”), por la Ley N° 28384, del 3 noviembre de 2004 (“Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. // Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica”) y, finalmente por La Ley N° 29227, del 16 mayo 2008 (“Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. // Igual derecho podrá ejercer el cónyuge *inocente* de la separación por causal específica”). Como se aprecia, en todas estas modificaciones el segundo párrafo quedó inalterado.

vínculo del matrimonio”. Es decir, lo que en el Código Civil de 1936 (art. 276) valía para todos los supuestos de separación, en el Código Civil de 1984 quedó reservado solo para el supuesto de separación por mutuo disenso, extendiendo de esta manera también para la conversión a divorcio el que “ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda [...] en hecho propio” (art. 335). Con ello, el Código mostró su verdadera faz antidivorcista, propiciando absurdas (y a veces abusivas) situaciones en las que si el cónyuge “inocente” no pide la conversión, el “culpable” permanecerá *inevitable e indefinidamente* en su *status* de “casado”, en una suerte –como lo señala Espinoza Espinoza– de “cadena perpetua [...], a vivir vinculado jurídicamente con una persona con la cual no hay posibilidad de reconciliación”³³

Como no podía ser de otra manera, el Código Civil de 1984 reiteró que demandado el divorcio, el demandante puede “en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación” (art. 357); que aunque “la demanda o la reconvención tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien” (art. 358) y que de no apelarse la sentencia que declara el divorcio “será consultada” (art. 359).

Sin embargo, no se sabe si intencionalmente o no, el Código Civil de 1984 dejó de establecer algunas de las reglas procesales previstas en el Código Civil de 1936. A ello proveyó el Decreto Legislativo N° 310³⁴, de fecha 13 de noviembre de 1984, que estableció que:

- a) los juicios de separación de cuerpos y de divorcio se sujetaban a los “trámites correspondientes a los de menor cuantía” (art.12).
- b) El Ministerio Público debía ser parte en *todos* los juicios de separación de cuerpos o de divorcio (art. 12 inc. 1);
- c) En los juicios de separación de cuerpos por mutuo disenso, los cónyuges tenían la “obligación” de asistir personalmente al comparendo (art. 12, inc. 2, lit. a), reiterando que tras él, “cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento durante los treinta días posteriores a dicha diligencia” (art. 12, inc. 2, lit. b);

³³ Espinoza Espinoza (2015: 150).

³⁴ El Decreto Legislativo N° 310 fue preparado por la misma Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, lo que revela que tal Comisión también era de tendencia antidivorcista.

- d) En el comparendo “el juez debe promover la reconciliación de las partes” (art. 12, inc. 3).
- e) Tanto la sentencia de separación de cuerpos como la de divorcio no apeladas, debían elevarse en consulta (art. 12, inc. 12);
- f) Tanto en apelación como en consulta el Tribunal Superior, tal cual en el Código Civil de 1936, debía citar a los cónyuges a comparendo (art. 12, inc. 13) y que contra la sentencia de segunda instancia procedía el recurso de nulidad (art. 12, inc. 14).

Por tanto, el Código Civil de 1984 y su complemento, el Decreto Legislativo N° 310, nos muestran un ordenamiento reactivo al divorcio, mucho más reactivo que el propio Código Civil de 1936, un Código este último que, en su momento, se dio el lujo de alterar lo que la Ley N° 8305 le ordenó mantener inalterado, mandato éste que ciertamente en los años ochenta ya nadie recordaba (o no quería recordar).

4.5. La cuota antidivorcista del Código Procesal Civil de 1993

En 1993 sobrevino un nuevo ordenamiento procesal: el Código Procesal Civil, el cual “divorcía” procedimentalmente los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal de aquel basado en el mutuo disenso.

Es así que respecto:

- a) Al proceso de separación de cuerpos o divorcio por las causales del 1 al 10 del art. 333 del Código Civil, dispuso que se sometieran a las reglas del proceso de conocimiento;
- b) Al proceso de separación por mutuo disenso (al que, de paso, le cambió de nombre –con las respectivas modificaciones terminológicas en el Código Civil– por “separación convencional”), que sometiera a las reglas del proceso sumarísimo

En cuanto al proceso de separación de cuerpos o de divorcio por causal, por un lado, consolidó lo existente en cuanto a la intervención del Ministerio Público como “parte” (art. 481) y, para quien no lo tuviera aún claro, reiteró que “el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos”, pero, en línea con su tendencia preclusiva, estableció que ello podía (y puede) hacerse “antes de la sentencia” (art. 482).

A la par exigió en su art. 483 que a la pretensión “principal” de separación o de divorcio *debiera* acumularse:

[...] las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

[...]

Las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.

Es decir, el Código Procesal Civil exigió algo inédito a un demandante de separación o de divorcio en el ordenamiento peruano: una acumulación “necesaria”, respecto de aquello que –se demandara o no– el juez *siempre* tenía (y tiene) que pronunciarse conforme a los arts. 340 (custodia de los hijos) y 342 (pensión de alimentos) del Código Civil. Por tanto, en toda demanda de separación o de divorcio *debe haber* siempre una acumulación de pretensiones.

Pero, la más importante “innovación” del Código Procesal Civil de 1993 está en el segundo párrafo del art. 480: “Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte”. La solución es extraña, en particular porque uno de los pilares del sistema implementado por el Código Procesal Civil fue el principio del *impulso procesal de oficio*. En efecto, señala el segundo párrafo del art. II del Título Preliminar del CPC:

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. *Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código*³⁵.

Y justamente el proceso de separación de cuerpos y de divorcio por causal terminó siendo uno de esos procesos que se impulsan a pedido de parte. La solución se vuelve más extraña si se tiene en cuenta que al Ministerio Público se le hace intervenir, ni más ni menos que, como “parte”. Ello debería implicar que si el Ministerio Público debe intervenir como “parte”, justamente por ser “parte” debe ser portadora de algún interés en el resultado del proceso. ¿Cuál sería este “interés”?, nunca se ha explicitado, pero se puede conjeturar que, dado que el Ministerio Público, conforme a la Constitución vigente en el momento de la redacción y promulgación del Código Procesal Civil (esto es, la de 1979), tenía entre sus funciones “representar en

³⁵ Cursivas agregadas.

juicio a la sociedad” (art. 250, inc. 3³⁶), el interés del Ministerio Público sería (supuestamente) el de la “sociedad” al mantenimiento del matrimonio, cual *instituto natural y fundamental de la sociedad*³⁷. De allí que el Ministerio Público no solo se le haya colocado como “parte”, sino como parte “demandada”. Ello significa que, para el Código Procesal Civil, el cónyuge demandante además de “litigar” con el otro, litiga con la “sociedad”, justamente representada por el Ministerio Público.

Si a la presencia (como parte) del Ministerio Público, se le agrega que, conforme art. 359 del Código Civil³⁸, la sentencia estimatoria, de no ser apelada, debe ser elevada (de oficio) en “consulta”, el que un proceso de separación de cuerpos o divorcio se impulse a pedido de parte, no parece precisamente una solución muy sensata.

Nunca se tendrá la certeza sobre las razones que indujeron al legislador procesal a establecer que los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal se impulsen a pedido de parte, pero dado que un proceso que se impulsa a pedido de parte tiene muchas más probabilidades de concluir por abandono, esto es, como consecuencia de la inactividad de las partes durada cuatro meses (art. 346), se puede conjeturar que la previsión del segundo párrafo del art. 480, sea la “cuota” antidivorcista aportada por el Código Procesal Civil, a fin de mantener en vida (en vía indirecta) el vínculo matrimonial: si las partes no lo impulsan dentro del plazo legal, el proceso concluye y el matrimonio se mantiene, dando así satisfacción al “interés” de la sociedad.

Sin embargo, la mayor “cuota” antidivorcista del Código Procesal Civil no está en la regulación del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, sino, aunque parezca lo contrario, en la regulación del rebautizado proceso de “separación convencional y divorcio ulterior”.

³⁶ Art. 159, inc. 3 de la Constitución Política vigente.

³⁷ Disponía, en efecto, el art. 4 de la Constitución de 1979: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. *También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad*” [cursivas agregadas].

³⁸ Respecto de la consulta, la Ley N° 28384 (del 13 de noviembre de 2004), modificó el art. 359 estableciendo: “Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional”.

En efecto, el Código Procesal Civil ratificando también para este proceso la intervención como “parte” del Ministerio Público (art. 574³⁹) y la disposición del Código Civil sobre la posibilidad de cualquiera de los cónyuges, dentro del plazo de “treinta días naturales posteriores a la audiencia” revoquen su consentimiento (art. 578), estableció en el art. 575, algo (también) inédito en nuestro sistema:

Requisito especial de la demanda.- A la demanda *debe* anexarse especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada. El inventario valorizado sólo requerirá de firma legalizada de los cónyuges⁴⁰.

Es decir, el Código Procesal Civil exigió que a la demanda conjunta de los cónyuges de “separación convencional” se anexara una propuesta de convenio *completa*: régimen de patria potestad de los hijos, de alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales, en defecto de lo cual, la demanda de separación (dado que es un requisito de ella) no sería admitida.

¿Es que acaso finalmente se embocó el camino de la “privatización” de las relaciones conyugales, dándole “peso” a la voluntad de las partes”? ¿Fue éste el inicio del predominio de la “autonomía de la voluntad” de los cónyuges? Parecería que sí, pero en realidad es todo lo contrario, pues si los cónyuges pueden bien estar de acuerdo en separarse (*rectius*, en divorciarse), si no logran ponerse de acuerdo sobre todos o algunos de los extremos “accesorios” (que no pocas veces se vuelven los “principales”) la puerta judicial de la “separación convencional” está simplemente cerrada, pues el Código Procesal Civil exige un proyecto de convenio completo, aunque luego, el juez, en la sentencia, pueda “ajustarlo” si es que no asegura “adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces” (art. 579).

Hay que recordar que antes de la vigencia del Código Procesal Civil en una demanda de separación por mutuo disenso, los cónyuges se limitaban a pedir la

³⁹ El art. 574 CPC fue, luego, modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29057, publicada en El Peruano el 29 junio 2007, estableciendo: “En los procesos a que se refiere este Subcapítulo, el Ministerio Público interviene como parte sólo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y como tal no emite dictamen”. Por tanto, el Ministerio Público, hasta hoy, es “parte” cuando existen hijos “sujetos a patria potestad” (o sea, en sustancia, menores).

⁴⁰ Cursiva agregada.

declaración de separación y nada más. Luego, en la sentencia, el juez debía –conforme al art. 345 del Código Civil⁴¹– fijar “el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden”. Por su lado, la liquidación de la sociedad de gananciales, era posterior a la sentencia de separación.

Ciertamente, hay un abismo de diferencia entre exigir (como lo exige el art. 575 del Código Procesal Civil) la presentación de un “proyecto de convenio” sobre las consecuencias personales entre los cónyuges y los hijos, a que sea el juez quien las establezca “observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden”, pues en el primer caso, el “proyecto” presupone el previo acuerdo extrajudicial de los cónyuges y en el segundo, ese “acuerdo” (si se lograba) lo era durante el proceso. Y lo propio hay que decir respecto del “proyecto de convenio” en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales, que antes era posterior a la sentencia y con el Código Procesal Civil, se quiso que se “proyectara” extrajudicialmente (con, incluso, inventario valorizado).

En consecuencia, el proceso de “separación convencional” diseñado por el Código Procesal Civil, lejos de hacer más sencilla la vieja separación “por mutuo disenso”, la complicó innecesariamente, construyendo a los cónyuges a acordar extrajudicialmente no solo la “separación”, sino *todas* las consecuencias personales y patrimoniales de la separación, como requisito para siquiera admitir la demanda.

4.6. Las nuevas causales de divorcio de la Ley N° 27495 del 2001

En junio del 2001 se promulgó la Ley N° 27495, que agregó al art. 333 del Código Civil dos nuevas causales: la “imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial” (nuevo inc. 11) y la de “separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo

⁴¹ El art. 345 del Código Civil fue sucesivamente modificado: primero, por el propio Código Procesal Civil (“En caso de separación convencional, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden. //Son aplicables a la separación convencional las disposiciones contenidas en los Artículos 340, último párrafo, y 341”) y luego por la Ley N° 27495 (“En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.// Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los Artículos 340 último párrafo y 341.”)

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” (nuevo inc. 12). Como consecuencia, la “separación convencional” (el viejo “mutuo disenso”) pasó a ser el inc. 13 del art. 333 del Código Civil.

Con la introducción de estas dos nuevas causales, el ordenamiento peruano, pese a mantener vigentes todas las causales inculpatorias de los incs. 1 a 10 del art. 333 del Código Civil, parecía alejarnos del modelo del divorcio-sanción para ingresar, de llano, al modelo del divorcio-remedio. Que ello haya sido entendido así o no, será objeto de análisis en el siguiente Capítulo.

4.7. Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías

La última intervención normativa en el ámbito matrimonial se debe a la Ley N° 29227, del 16 de mayo de 2008. Esta Ley, con el mismo presupuesto del inc. 13 del art. 333 del Código Civil, esto es que hayan transcurrido por lo menos dos años de la celebración del matrimonio, habilita a los cónyuges a solicitar la “separación convencional y divorcio ulterior” ante un Alcalde Distrital o Provincial o ante un Notario. El nuevo procedimiento extrajudicial, como es obvio, constituye una alternativa al correspondiente proceso del Código Procesal Civil y emula su estructura “bifásica”.

Los requisitos para acceder al procedimiento están establecidos en el art. 4 de la Ley N° 29227, y son:

a) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad; y

b) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

Por tanto, si el Código Procesal Civil exige para admitir la demanda de separación convencional un “proyecto de convenio”, en el caso de los procedimientos extrajudiciales se exige, respecto de los hijos menores o incapacitados (de haberlos),

“sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas” y, respecto de los bienes de la sociedad de gananciales (de haberlos) “la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial”.

Ahora bien, la exigencia de la sentencia o del acta de conciliación extrajudicial sobre el ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas, así como de la escritura pública de sustitución o liquidación de sociedad de gananciales, es razonable pues se trata de procedimientos extrajudiciales. En tal línea, estas exigencias merecen un juicio distinto del que se hizo hace unas líneas respecto del art. 575 del Código Procesal Civil, pues una cosa es dirigirse a un Juez (que tiene todos los poderes-deberes establecidos en el Código Civil) para pedir la declaración de separación y otra muy distinta es dirigirse a un Notario o a un Alcalde, que en buena cuenta solo *certifican* la voluntad de los cónyuges de separarse, primero, y de divorciarse después.

El procedimiento, aunque es también “bifásico” (esto es, primero se pide la separación y luego el divorcio), visto en su conjunto es muy ágil (arts. 6 y 7 de la Ley):

- a) Una vez recibida la solicitud, el Alcalde o el Notario debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley (y su reglamento) dentro del plazo de cinco días hábiles de su presentación. Si no se cumplen, obviamente, no se continúa con el procedimiento.
- b) En el plazo de quince días, se debe fijar fecha para la realización de la “audiencia única”. En dicho acto los cónyuges deben manifestar (o no) “su voluntad de ratificarse en la solicitud de separación convencional”. Si se ratifican, se declara la separación convencional, según los casos, por resolución de alcaldía o por acta notarial. En caso de inasistencia de uno o ambos cónyuges “por causas debidamente justificadas”, el alcalde o notario debe convocar a nueva audiencia en un plazo no mayor de quince (15) días. De haber nueva inasistencia de uno o ambos cónyuges, se declara concluido el procedimiento⁴².

⁴² Conforme al Reglamento de la Ley N° 27495 (D.S. N° 009-2008-JUS), es posible otorgar poder especial para estos procedimientos. Así dispone su art. 15: “Poder por Escritura Pública

- c) Transcurridos dos meses de emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial, “*cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o notario la disolución del vínculo matrimonial*”. Dicha solicitud debe ser resuelta en un plazo no mayor de quince días.

Por tanto, si los plazos se respetan, los cónyuges pueden dejar de serlo en aproximadamente cuatro meses. Ello hace que sus dos “fases” (primero, la solicitud de separación y, luego, la de divorcio) se resuelvan en un auténtico eufemismo legal.

Con la Ley N° 29227, pues, el ordenamiento peruano ha alcanzado el nivel máximo de reconocimiento de la autonomía privada en el ámbito matrimonial: los cónyuges pueden, en buena sustancia, *acordar disolver su vínculo* y ya ni tan siquiera necesitan de la intervención judicial: basta que cumplan (formalmente) con el procedimiento establecido por la Ley.

Naturalmente, para llegar a ello, deben (aparte de tener los recursos económicos para hacer frente el procedimiento municipal o notarial), tener previamente “arreglada” toda la situación familiar-patrimonial, caso contrario no les quedará más opción que acudir a un proceso contencioso judicial.

con facultades específicas Los cónyuges podrán otorgar Poder por Escritura Pública con facultades específicas para su representación en el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías regulado por la Ley, el mismo que deberá estar inscrito en los Registros Públicos”. Por tanto, a la audiencia puede bien asistir el apoderado.

CAPÍTULO II

LAS CAUSALES-REMEDIALES DE LA LEY N° 27495: ENTRE LA INNOVACIÓN Y LA INCOMPENSIÓN

1. Una aproximación al divorcio-remedio

Como se vio en el Capítulo anterior, el ordenamiento peruano ha pasado de la indisolubilidad del matrimonio hasta llegar a la posibilidad de su disolución extrajudicial concordada entre los cónyuges. A la par ha mantenido todas las causales inculpativas del art. 333 del Código Civil que permiten, a petición de uno de los cónyuges, la separación de cuerpos o, directamente, el divorcio, agregándose a ellas – en el año 2001– la imposibilidad de hacer vida en común y la separación de hecho, causales éstas que se nutren de una lógica distinta de las demás, en cuanto más que “sancionar” con la separación o el divorcio tienden a “remediar” la crisis matrimonial.

En el presente capítulo se analizará el tratamiento legislativo y jurisprudencial de las causales de imposibilidad de hacer vida en común y la de separación de hecho, haciendo la aclaración que en lo sucesivo se referirá a ellas como causales de *declaración judicial de divorcio*, en razón de que en la realidad cuando un cónyuge toma la iniciativa de demandar, no pide precisamente la separación, sino directamente el divorcio.

De hecho, si las nuevas causales han sido colocadas por la Ley N° 27495 como de “separación de cuerpos”, es porque el legislador del 2001, no tuvo la audacia de dar vuelta a la página y abandonar ese enfoque ideológico-paternalista del Código Civil de

1984 que al contemplar las tradicionales causales inculpatorias como de separación y no directamente de divorcio (como, en cambio, aparecían en el Código Civil de 1936), más que seguramente albergaba la esperanza de que con ello los cónyuges tuvieran mayores oportunidades para lograr su “reconciliación”, salvándose así el vínculo matrimonial.

2. La causal de “imposibilidad de hacer vida en común”

2.1. El texto (y el contexto) del inc. 11 del art. 333 del Código Civil

La causal de “imposibilidad de hacer vida en común”, está prevista, desde la entrada en vigencia de la Ley N°27495, en el inc. 11 del art. 333 del Código Civil. Conviene recordar su texto:

Son causas de separación de cuerpos:

[...]

11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

La colocación de la “imposibilidad de hacer vida en común” como una causal más del art. 333 del Código Civil, a primera lectura, podría conducir a interpretarla como causal de cierre del sistema divorcio-sanción, esto es, que además de las circunstancias previstas *expresamente* en los anteriores incisos (adulterio, violencia física o psicológica, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, etc.) “otros hechos” (imputables al demandado) que implicaran el incumplimiento de los deberes conyugales, podrían justificar la separación de cuerpos, siempre que ello condujeran a la “imposibilidad de la vida en común”. Como se verá en esta línea se mueve nuestra jurisprudencia. Abonaría a esta interpretación el que el legislador no haya exceptuado *expresamente* la aplicación del art. 335 del Código Civil (esto es, que nadie pueda fundar su demanda en hecho propio), como sí se hizo respecto de la separación de hecho.

Sin embargo, no se sabe bien cuál fuera la intención del legislador al introducir esta causal, esto es, si con ella pretendía flexibilizar la lista taxativa de causales-sanción previamente existente, agregando una “abierta”, pero siempre en la línea sancionatoria, o más bien la apertura (y vaguedad) de su texto, lo era para que pudiera alegarse cualquier circunstancia que evidenciara el fracaso de la relación matrimonial cual relación de pareja.

El que la ley diga que la “imposibilidad de hacer vida en común” deba estar “debidamente probada en proceso judicial” puede valer para cualquiera de las dos opciones interpretativas, pues, para estimar cualquier demanda los hechos constitutivos de la pretensión, de necesitar ser probados, deben resultarlos.

Con todo, un dato cierto es que la causal en cuestión apareció en la Ley N° 27495, sin mayor explicación (tanto que la Ley se intitula “Ley que Incorpora la Separación de Hecho como Causal de Separación de Cuerpos y Subsecuente Divorcio”). Tal como lo señala Elvira Álvarez Olazábal, la inclusión de esta causal “fue el producto de un debate político y no técnico”:

Durante dicho debate, a iniciativa del ex Presidente del Congreso don Antero Flores-Araoz Esparza, al argumentar su oposición a la inclusión de esta norma en nuestro Código Civil, planteó la alternativa de una modificación al proyecto originario de separación de hecho, en vía de sustitución a aquél que estaba en pleno debate [...]. Por ello pretendía el congresista que se sustituyera el proyecto sobre separación de hecho y se asumiera la causal de imposibilidad de hacer vida en común, *la que debía ser acreditada mediante evaluación profesional, para que nadie pudiera fundar en su propia causa una pretensión de conclusión del matrimonio*. Sin embargo esta idea fue recogida por la Comisión de Justicia de manera inusitadamente rápida, *como un nuevo planteamiento en concurso y no sustitutivo, con el fin de no truncar la inclusión de la nueva causal de separación de hecho en nuestro ordenamiento*. La propia presidenta de la Comisión Dra. Mercedes Cabanillas Bustamante, fue quien propuso recoger la propuesta del congresista Florez-Araoz Esparza, y en ello estuvieron de acuerdo Altuve-Febres Lores como Presidente de la Comisión de Reforma de Códigos, y Estrada Pérez como Presidente de la Comisión de Justicia⁴³.

Ahora bien, si se analiza el Proyecto Sustitutorio presentado por el congresista Antero Flores-Araoz en enero de 2001, se puede observar que efectivamente era contrario a la introducción de la causal de separación de hecho, por lo que propuso la introducción de la causal de “imposibilidad de hacer vida en común, previa evaluación profesional”, basándose en las siguientes razones:

[...] es necesario [sic] una solución para el problema que atraviesan gran número de matrimonios que están separados de hecho. Un motivo de ello es que muchas parejas no hacen vida en común por hábitos, complejos, creencias, costumbres, etc. *de uno o de ambos cónyuges simultáneamente*, que originan constantes riñas y disputas que tornan imposible la vida en común. En muchos casos se debe a incompatibilidad de caracteres que son insuperables; y

⁴³ Álvarez Olazábal (2006: 71-72) [cursivas agregadas]. En igual sentido, Aguilar Llanos (2016:261-262).

mantienen el matrimonio sólo como aspecto legal. En otros casos aún mantienen vida en común, pero con consecuencias negativas en ambos cónyuges.

En estos casos la familia en su integridad, considerando en ello a los hijos, son víctimas de una situación que no permite una vida familiar armoniosa y saludable para que los hijos se desarrollen en un ambiente que les permita una formación adecuada. Por lo que sostener un matrimonio que afecta la formación psicológica de cada uno de los miembros de la familia, sobre todo de los hijos es inconveniente.

Ello en razón de que la sociedad puede fortalecerse si los futuros integrantes de ella crecen en ambientes donde reciban educación, formación moral y un ambiente de cordialidad y de amor. Si el entorno familiar no puede brindarles esos aspectos fundamentales para su formación y todo lo contrario les ofrece un ambiente hostil como testigos de riñas y disputas, el resultado es una juventud desorientada, inclinada a los vicios, y parejas destruidas sin posibilidades de reiniciar nuevos proyectos de vida.

En estos casos nuestra legislación no permite la separación de cuerpos y divorcio ulterior, salvo cuando ambos cónyuges convienen la separación convencional. Nuestra propuesta en ese sentido es considerar como causal de separación de cuerpos con divorcio ulterior, la imposibilidad de hacer vida en común, previa evaluación profesional que certifique esta situación.

Con ese objeto se propone adicionar una nueva causal para la separación de cuerpos, y adicionalmente como en estos casos resulta muy difícil identificar al cónyuge culpable o inocente, la propuesta es que esta causal pueda ser invocada por cualquiera de los cónyuges⁴⁴.

Por tanto, si nos atenemos a las razones expuestas por quien generó la “idea” de la causal de “imposibilidad de hacer vida en común”, no debería haber duda que tal causal se enmarca en la concepción remedial del divorcio, en donde a los efectos de poner fin al vínculo matrimonial es indiferente la existencia de un culpable y un inocente, siendo lo prioritario encontrar una solución a la crisis matrimonial-familiar.

En sede académica, la generalidad de la doctrina considera que la imposibilidad de hacer vida en común alude a una situación en que la convivencia entre ambos cónyuges ha perdido su esencia⁴⁵.

⁴⁴ Flores-Araoz (2001) [evidenciados agregados]. El texto propuesto era el siguiente: “Artículo 333°- Son causas de separación de cuerpos: 12) La imposibilidad de hacer vida en común, previa evaluación profesional”. Además se propuso la modificación del art. 335: “Artículo 335°.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.// La causal comprendida en el inciso 12) del Artículo 333° puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges”.

⁴⁵ Aguilar Llanos (2013:34); Calisaya Márquez (2013:367), Plácido Vilcachagua (2001c:13); y, Varsi Rospigliosi (2011:350).

Así se ha indicado tiene que estarse ante dos personas que se encuentran en conflicto permanente, cuyos hechos generadores revisten tal gravedad que justamente impiden la continuación de esa vida en común. Inclusive, hay quienes consideran que deben incluirse aquellas situaciones en que los cónyuges ya no viven juntos, sin que exista posibilidad de reanudar la convivencia. Hay quienes también consideran que la configuración de esta causal requiere del transcurso de un plazo mínimo de vida común, pues debe entenderse que el juzgador deberá verificar que la pareja haya pasado por el proceso de adaptación marital.

En cuanto a las circunstancias que podrían configurar la “imposibilidad de hacer vida en común”, Alex Plácido ha elaborado un listado de siete situaciones conflictivas: (i) los conflictos derivados de abusos de uno de los cónyuges contra el otro; (ii) los conflictos derivados de las acciones judiciales que pudieran interponerse los cónyuges entre sí; (iii) los conflictos derivados de la realización de actitudes impropias a la condición de casado; (iv) los conflictos de índole patrimonial; (v) los conflictos derivados de cuestiones de índole sexual; (vi) los conflictos derivados por la falta de aseo; y (vii) los conflictos derivados de relaciones con los parientes⁴⁶. Como se aprecia de este listado, algunas situaciones conflictivas son imputables a uno de los cónyuges y otras, por el contrario, son imputables a ambos.

Por su lado, Benjamín Aguilar Llanos ha indicado que hay situaciones que no son imputables a ninguno de los cónyuges, sin embargo, podrían caer bajo esta causal por tratarse de situaciones que también imposibilitan la vida en común:

[...] puede y de hecho existen supuestos que no dependen de la voluntad de ninguno de los cónyuges, pero que imposibilitan la vida en común, como puede ser el caso de uno de los cónyuges que por desgracia deviene en incapacidad absoluta, convirtiéndose por su insanía en un peligro (esquizofrénico, paranoico) y en esa medida, y pese al deber de asistencia entre los cónyuges, lo objetivo del caso es que esa pareja ya no pueda seguir compartiendo la vida común; ahora bien, presentado un caso como el planteado, el juzgador deberá sopesar la situación del cónyuge sano y resolver amparándose en la causal bajo comentario, aun cuando ello pareciera una falta al deber de asistencia entre los cónyuges⁴⁷.

Con todo, es evidente que si esta causal discurre de “imposibilidad de hacer vida en común”, las circunstancias que, en concreto, se aleguen deben de ser de tal

⁴⁶ Plácido Vilcachagua (2001c:14).

⁴⁷ Aguilar Llanos (2013:35-36).

entidad que, por un poner un estándar, un “cónyuge promedio” (o si se prefiere, un “buen cónyuge”, “un cónyuge razonable”, etc.) consideraría como incompatibles con esa comunidad material y espiritual de vida a la que apunta el matrimonio.

Por ello, frente a una poco clara toma de posición del legislador, el camino estaba libre para que la judicatura –como lo había auspiciado Carmen Julia Cabello Matamala, en el inmediato de la entrada en vigencia de la Ley N°27495⁴⁸– fijara los criterios y los alcances de la configuración de la causal de imposibilidad de hacer vida en común, esto es individualizara las circunstancias que en concreto podrían encajar dentro de este supuesto tan abierto.

2.2. Posición de la jurisprudencia

Como era de esperarse, hasta la fecha, la judicatura no ha logrado dar contenido concreto a la abierta previsión del inc. 11 del art. 333 del Código Civil, que el legislador dejó apenas planteado con la introducción de la causal. En rigor no es que no lo haya hecho, sino que lo ha hecho de la forma más conservadora posible: concibiéndola, justamente, como una causal más de divorcio-sanción, con todas sus consecuencias.

Nada mejor para graficar el “estado de la situación” a nivel jurisprudencial que la Sentencia de Casación N° 2871-2005-Lima, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia⁴⁹, en la que se aprecia cómo se la concibe como causal inculpatoria y cómo se ha mantenido la apertura y vaguedad de lo que deba entenderse por imposibilidad de hacer vida en común. Verifíquese el siguiente extracto:

Que, se trata de una nueva causal *inculpatoria* y, en consecuencia, *se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida en común y quien los provocó* a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponda.

La imposibilidad de hacer vida en común importa gravedad de intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al *cónyuge ofendido* el mantenimiento de la convivencia y *su imputabilidad al otro consorte; quien con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio*; por eso y por tratarse de una causal inculpatoria deben exponerse los hechos que, imputados

⁴⁸ Cabello Matamala (2001:404).

⁴⁹ Casación N° 2871-2005-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, El Peruano, 31 de enero de 2007.

al otro consorte, provoca la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común⁵⁰.

Sin embargo, a fin de comprobar si realmente este era el “estado de la situación”, se revisaron las sentencias de divorcio emitidas por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, durante el periodo comprendido entre el mes de enero 2016 al mes de octubre 2017.

Como resultado de la revisión, se constató que de un total de 175 sentencias, se encontraron un total de cuatro fundadas en la causal de imposibilidad de hacer vida en común, conforme se detalla a continuación:

- i. Una sentencia en la que esta causal fue interpuesta individualmente y la demanda se declaró infundada.
- ii. Dos sentencias en la que esta causal fue interpuesta en forma acumulativa; declarándose infundada.
- iii. Una sentencia en las que esta causal fue interpuesta en forma acumulativa; declarándose fundada.

Es decir, durante el periodo indicado anteriormente, únicamente fue emitida una sola sentencia que declaró disuelto el vínculo matrimonial por esta causal. Dicha sentencia, emitida en el Exp. N° 240-2008 (Acumulado al Exp. N° 12-2009), señaló lo siguiente:

[...] Respecto a la causal de imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial: contemplada en el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil denominada también como Incompatibilidad de caracteres, imposibilidad de cohabitación o desquicio matrimonial, matrimonio desquiciado o dislocado, se trata de una causal *inculpatoria*, consistente en una grave desarmonía familiar, condición en la cual no es posible tener vida en común [...]. [Dicha] causal importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos que hacen imposible al cónyuge *ofendido* el mantenimiento de la convivencia, y su imputabilidad al otro consorte, quien con discernimiento y libertad, frustra el matrimonio; asimismo, por tratarse de una causal *inculpatoria*, deben exponerse los hechos que provocan la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común;

5.- Que del análisis de la *declaración de parte* y demás medios probatorios, cabe considerar configurada esta causal de Imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada, pues la actora sustenta tal pretensión, *en hechos*

⁵⁰

Considerandos Décimo Segundo y Décimo Tercero [evidenciados agregados].

que han sido corroborados con la declaración del propio demandado, por lo que se aprecia que la citada causal ha sido amparada con arreglo a lo actuado y al derecho⁵¹.

Hay que evidenciar que la Sala de Familia, partiendo de las mismas exactas premisas de la arriba transcrita Sentencia de la Corte Suprema, considera “comprobados” los hechos alegados por la demandante con la declaración de la parte demandada (la que venía imputada como “culpable” de la imposibilidad de hacer vida en común). Esta consideración es muy importante, pues según la concepción tradicional la declaración conforme del demandado respecto de los hechos configurantes de la causal es considerada irrelevante.

Por su parte, en Sentencia emitida en el Exp. N° 86-2010 (Acumulado al Exp. N° 664-2012 proveniente del 18° Juzgado de Familia de Lima), declara infundada la demanda, sosteniéndose lo siguiente:

Divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común: contemplada en el artículo 333 inciso once del Código Civil, para su configuración se debe demostrar la falta de armonía y entendimiento de la pareja: “se trata de la recepción legislativa, en nuestro sistema jurídico de la tesis del matrimonio desquiciado o dislocado; vale decir, la consideración al grado que la desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado y, por ello, no puede alentarse esperanza alguna de reconstrucción del hogar. *Se sustenta en la falta de interés social de mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos;* en este sentido, siendo que la causal en mención importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos, lo que hacen imposible para el cónyuge *ofendido* la convivencia, *de autos no fluye la existencia de pruebas sobre actos que configuren ésta causal, siendo que los expuestos por el apelante carecen de sustento, y cabe señalar además, que la convivencia llegó a su fin con el retiro del hogar del accionante en el año 2007, y la demandada ha formulado reconvencción por esta causal, cuando ya las partes llevaban más de dos años y medio separados de hecho, por lo que también debe ser desestimada, máxime si como se advierte de la fundamentación fáctica de la reconviniente, ella reprodujo los fundamentos esgrimidos para la causal de violencia psicológica también para esta causal de imposibilidad de hacer vida en común⁵².*

⁵¹ Sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima el día 01 de junio de 2017, Expediente 240 -2008 (Acumulado el Exp. N° 12-2009) [evidenciados agregados].

⁵² Sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima el día 12 de diciembre de 2016, Expediente 86 -2010 (Acumulado al Exp. N° 664-2012 proveniente del 18° JFL)[evidenciados agregados].

Como se puede apreciar, las premisas de las que parte la sentencia son aquellas que fundamentan el divorcio-remedio (“falta de interés social de mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho”, “inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos”, etc.), pese a reconocer que la convivencia había cesado desde hace más de dos años y medio (por obra del demandante) y que la propia demandada había reconvenido por la misma causal, desestima la demanda y la reconvención, manteniendo así la vigencia de un matrimonio que evidentemente estaba “desarticulado de hecho”, porque la “imposibilidad de hacer vida en común” es *solo* para el cónyuge “ofendido”.

Algo semejante ocurrió en la Sentencia emitida en el Exp. N° 3798 -2013, cuyo considerando Décimo Primero se transcribe:

[...] la reconviniendo no ofreció medio probatorio alguno a fin de acreditar tales causales por ella invocadas, pues respecto a la primera alegó que el demandado la abandonó moralmente, lo cual ha sido desvirtuado, pues se aprecia que producida la separación el actor nunca dejó de asistirle económicamente como tampoco a sus hijas, las que fueron a vivir incluso con su padre, siendo que en dicha fecha una de ellas aún menor de edad; asimismo respecto a la segunda causal, la cónyuge alega que el actor la abandonó justo cuando más necesitaba de él, sin embargo tal como bien lo ha señalado la A quo, *antes de la separación ya existían dificultades en la pareja, tal como corroboró la hija mayor de las partes en la declaración citada líneas arriba, quien además precisó que peleaban como cualquier pareja, pero llevaban una relación normal, agregando eran discusiones conyugales, nada fuera de lo normal*; asimismo la reconviniendo reconoció en su pericia psicológica que en el año 2007 *estuvo saliendo con otra persona*, por lo que en este orden de ideas ésta Superior Sala advierte que en el caso en concreto no se evidencia la concurrencia de elementos fácticos que permitan considerar configuradas las causales materia de reconvención: conducta deshonrosa e imposibilidad de hacer vida en común, dado que los hechos en los que sustentó cada una de tales causales no posibilitan considerarlas configuradas, por lo que los argumentos vertidos por la apelante han quedado plenamente desvirtuados, máxime si la sentencia materia de grado ha sido emitida con arreglo a lo actuado y al derecho⁵³.

Es evidente, también en este caso que se estaba ante un “matrimonio desquiciado” (que los cónyuges estaban separados, que cuando juntos, peleaban “como cualquier pareja...” y que la demandada incluso “estuvo saliendo con otra persona”). *Ergo*, pese a que ambos cónyuges se imputaban recíprocamente “culpas”, según la Sentencia, el vínculo matrimonial debía mantenerse vigente.

⁵³ Sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima el día 12 de abril de 2017, Expediente 3798 -2013 [cursivas agregadas].

Por último, y en la misma línea, está la Sentencia emitida en el Exp. N° 2201-2013, en cuyo considerando quinto se establece:

[...] en el caso concreto *se hace evidente que el quiebre definitivo de la relación se produjo en abril del dos mil nueve en que el actor se retiró del hogar conyugal, y no ha existido reconciliación entre ellos, por lo que resulta evidente se trata de un quebrantamiento permanente*; que respecto a los medios de prueba aportados por el actor, *tal como ha señalado la a quo, debe demostrarse la atribución de culpa y los hechos que la sustentan, por tratarse de una causal de divorcio-sanción*, siendo el caso que en cuanto a los gastos excesivo y el no haber asumido la demandada su rol de madre o esposa, no se ha demostrado tal endeudamiento y situación límite que origine desbalance económico al actor, pues del documento de fojas 08/21 aparece que la madre se dedicaba a la atención sus menores hijos, obrando informes pedagógicos – fojas 157/160 – que establecen los promedios de ambos niños; que en cuanto al proceso de alimentos tal como se advierte de las copias – fojas 16/21 y de fojas 13/137 -, en efecto aparece que se ha declarada fundada en parte la demanda planteada en su momento por la cónyuge, a favor de sus dos menores hijos, obligando al actor a acudir con un porcentaje de sus ingresos, con lo cual se desvirtúa lo alegado por el recurrente sobre el cumplimiento que alegara al respecto⁵⁴.

La Corte Suprema, a su vez, en la Sentencia de Casación N° 4895-2007-Lima, al declarar infundado el Recurso de Casación interpuesto por una cónyuge contra la sentencia de vista que declaraba infundada su demanda de divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común, parte de la siguiente premisa:

[...] debe tenerse presente que los hechos con los que se pretende acreditar la causal de imposibilidad de hacer vida en común introducida por la Ley 27495, sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, y no por el que los cometió. Asimismo, a pesar que la *ratio legis* de la norma fue la de identificar y encasillar esta nueva causal con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades, se comprueba que ella no puede ser invocada de esa manera, *por cuanto los factores que determinan la incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino de la pareja*, por lo que, no puede pretenderse la incompatibilidad de caracteres, pues se estaría vulnerando el artículo 335 del Código Civil⁵⁵.

En este caso, la cónyuge habría ofrecido como medios probatorios declaraciones testimoniales y denuncias policiales que demostraban que las agresiones alegadas eran mutuas. Además, la autoridad jurisdiccional tomó en cuenta que, a pesar de encontrarse separados, ella realizó un viaje al exterior con su cónyuge:

⁵⁴ Sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima el día 08 de junio de 2017, Expediente 2201-2013[cursivas agregadas].

⁵⁵ Considerando Sexto de la Casación N° 4895-2007-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, El Peruano, 30 de junio de 2008 [cursivas agregadas].

[...] se advierte de las declaraciones testimoniales y de las denuncias policiales, que *las agresiones han sido de ambas partes*; y que en junio de dos mil uno, tal y como consta en el acta de audiencia de conciliación, *ambos manifiestan su deseo de seguir viviendo separados*, no obstante a ello, meses después viajaron juntos al exterior⁵⁶.

Es decir, aun admitiendo que la causal del inc. 11 del art. 333 del Código Civil, tiene como “ratio legis [...] identificar y encasillar esta nueva causal con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades” y pese a que ambos cónyuges “manifiestan su deseo de seguir viviendo separados”, si, en el caso, se declarara el divorcio por esta causal se vulneraría el art. 335 del Código Civil (el que prohíbe que “los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”), porque las agresiones fueron “mutuas” y, como consecuencia, ¡“los factores que determinan la incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino de la pareja”!

Es decir, la Corte Suprema optó por mantener vigente un vínculo matrimonial totalmente quebrado, sin advertir que si bien hubo un viaje conjunto, tal viaje se realizó en el beneficio del menor hijo de la pareja.

En esta misma línea, se ubica la Sentencia de Casación N° 4176-2015-Cajamarca. En este caso, la Sala Superior había también declarado infundada la demanda de divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común interpuesta por el cónyuge. La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación, debido a que, bajo su consideración, el cónyuge habría sido el causante de la crisis familiar en la medida que la cónyuge se vio en la necesidad de demandarlo por alimentos, lo que generó una serie de problemas entre la pareja y sus familiares, e incluso que, luego, el cónyuge tenga que iniciar un proceso de régimen de visitas para poder ver a sus hijos:

Es más, al momento de presentar la denuncia por agresión contra los cónyuges deja expresa constancia que “su esposo estuvo al interior de su domicilio pero no hizo nada para defenderla”, la misma que no ha sido cuestionada por el recurrente. Esta conducta omisiva que resulta ser injustificable, permite concluir que a consecuencia de la demanda de Alimentos, existe un deterioro en la relación de pareja, al haberse provocado el surgimiento de reclamos y enfrentamientos que en adelante han hecho insostenible la vida en común, en donde incluso han aparecido grescas ente la intervención de los familiares del esposo, motivando que la esposa se retire del hogar conyugal en forma justificada para salvaguardar su integridad física y psicológica, así como la de

⁵⁶ Casación N° 4895-2007-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, El Peruano, 30 de junio de 2008 [cursivas agregadas].

sus menores hijos, *todo lo cual permite afirmar que es el propio demandante quien hizo imposible continuar o reanudar la vida en común*⁵⁷.

En el caso, como puede verificarse, bajo el argumento de que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en “hecho propio”, se prefirió mantener la vigencia de un matrimonio totalmente roto.

Por último, como confirmación de que la orientación de nuestra judicatura a considerar (sin mayor fantasía y sensibilidad) que la causal de imposibilidad de hacer vida en común requiere que el factor de tal imposibilidad sea imputable a la parte demandada, se tiene el auto de improcedencia del Recurso de Casación N° 4654-2011. En su Considerando Séptimo establece:

[...] el *ad quem* ha establecido en la recurrida que las circunstancias en que ve el actor con la demandada hacen imposible continuar o reanudar la vida en común, en razón que la demandada comete excesivos abusos contra el demandante, al no permitirle el ingreso a su hogar conyugal desde el [27 de noviembre de 2008] y haber sido víctima de violencia física; asimismo, ha establecido que las agresiones a que hace mención el demandante, si bien constituyen la causal de violencia física y psicológica, también dentro de un contexto familiar y de pareja puede ser considerada como imposibilidad de hacer vida en común, *demostrando con ello hechos violatorios de deberes matrimoniales (por parte de la demandada) que impiden hacer vida en común y en forma armoniosa*. Por consiguiente, no es cierta la afirmación de la recurrente en el sentido que no se configura la causal de imposibilidad de hacer vida en común⁵⁸.

Es decir, la Corte Suprema en este caso avaló la decisión de los jueces de mérito que declararon disuelto el vínculo matrimonial por “imposibilidad de hacer vida en común” (aunque el comportamiento calzaba como “violencia física o psicológica”), en tanto y en cuanto tal imposibilidad era atribuible al comportamiento de la cónyuge demandada⁵⁹.

⁵⁷ Casación N° 4176-2015-Cajamarca, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia el 19 de septiembre de 2016 [cursivas agregadas].

⁵⁸ Casación N° 4654-2001Cajamarca. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, 19 de enero de 2012 [cursivas agregadas].

⁵⁹ Esta decisión fue objeto de una demanda de amparo que fue declarada improcedente por Sentencia del Tribunal Constitucional del 04 de enero de 2016, Expediente N° 06473-2013-PA/TC. En ella el Tribunal Constitucional sostiene: “En tal sentido, sostiene que la Sala revisora no tomó en consideración las pruebas aportadas que, a su juicio, *demostrarían que su cónyuge era quien en realidad hacía imposible la vida en común*. Señaló que no se demostró que fuese culpable, ni que tuviera condiciones de laborar y cubrir sus propias necesidades. Alegó que, con todo ello, se violó su derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales,

En suma, nuestra judicatura, pese a reconocer (en *muchos* casos) que la causal del inc. 11 del art. 333 del Código Civil está enderezada a poner fin a un vínculo matrimonial quebrado, esto es como un *remedio* frente a la crisis matrimonial, bajo el argumento de que ningún cónyuge puede fundar su demanda en hecho propio, en la *generalidad* de los casos, mantiene en vigencia un vínculo que es –comprobadamente ya meramente formal–, más que probablemente, solo para no atribuirle a uno de los cónyuges las gravosas consecuencias establecidas por el legislador ante la disolución del vínculo por causal sancionatoria, cuando lo que debía (y debe) ser materia de evaluación más bien era (y es) la *inaplicación de esas consecuencias incompatibles* a la naturaleza remedial de la imposibilidad de hacer vida en común, a los efectos (solo) de disolver el vínculo.

Resulta pues evidente que las imprecisiones del legislador sobre la naturaleza remedial de la causal de imposibilidad de hacer vida en común no han sido corregidas por la jurisprudencia, la cual, mostrando un apego a un sistema de valores ya superados por la realidad, se aferra al mantenimiento de una concepción sancionatoria del divorcio, condenando a la inoperancia de esta causal para poner remedio a una crisis matrimonial que comprobadamente, las más de las veces, tienen bajo sus ojos.

3. La causal de separación de hecho

3.1. El texto (y el contexto) del inciso 12 del art. 333 del Código Civil

La introducción de la causal del inc. 12 del art. 333 del Código Civil (“separación de hecho”), a diferencia de la causal de “imposibilidad de hacer vida en común”, cuenta con mayores antecedentes y discusión⁶⁰.

El objetivo de su introducción fue buscar una solución a ese gran grupo de matrimonios que atravesaban una crisis y que, a pesar de que no se había incurrido en una causal-sanción específica, eran imposibles de reconstruir.

Veamos su texto:

Son causas de separación de cuerpos:

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

pues la resolución cuestionada carece de fundamentación, por lo que considera que se están afectando los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva”.

⁶⁰ Sobre los antecedentes, v. Álvarez Olazábal, Elvira (2006:59), así como la Casación N° 4664-2010-Puno (Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil).

menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.

Como menciona María Cristina Chiabra Valera⁶¹, lo que se pretendió fue llenar el vacío en la institución del divorcio ahí donde no hay consentimiento para la separación convencional o donde no hay causal generada que pueda ser probada. En tal línea, el legislador reconoció la existencia de ese “ángulo muerto”, como lo llama la autora, en el cual entrarían la situación de muchos matrimonios que en la realidad solo existen en el papel, encontrándose tan solo pendiente la regularización formal de esas situaciones.

Había pues que brindarle protección jurídica a esa realidad –en la que debe incluirse además de los supuestos en los que no hay consentimiento para la separación convencional o donde no hay causal generada que pueda ser probada–, a aquellas situaciones en las cuales donde existiendo causal no se quiera –por los motivos que fuere– ni alegarla ni mucho menos probar su ocurrencia.

En esta línea, puede afirmarse que se trata de una causal cuya naturaleza entra de lleno en los fundamentos del *divorcio-remedio* y en lo que respecta a su regulación, con ciertas reservas, sí existe un tratamiento legal distinto al de las causales inculporatorias.

Efectivamente, a diferencia de la indeterminación de la causal de imposibilidad de hacer vida en común, la separación de hecho sí reflejó un cambio mucho marcado en nuestra legislación y ello quizá se debió a que se trata de una causal que sí se estudió y se trabajó con una mayor profundidad.

Quizá el principal avance como divorcio-remedio se logró legitimando a cualquiera de los dos cónyuges para invocarla, esto es, incluso al “culpable” de la separación. Ello, en el entendido de que para su configuración, se parte de la idea que lo importante es la separación en sí misma y no cuál de los cónyuges la causó.

Con todo, según el texto del inc. 12 del art. 333 del Código Civil para la configuración de esta causal se requiere:

- a) el elemento objetivo o material, constituido por el hecho mismo de la separación (*corpus separationis*) que puede deberse tanto a una decisión

⁶¹ Chiabra Valera (2013).

unilateral o por acuerdo de la pareja. En este entendido, en relación a este elemento hay una clara identificación con el cese objetivo de la *convivencia*, siendo indiferente que ello implique un incumplimiento del deber de cohabitación (que es lo que la diferencia de la causal de abandono injustificado del hogar conyugal)⁶²;

- b) el elemento temporal, esto es que haya transcurrido ininterrumpidamente al menos dos años de separación de hecho de los cónyuges, siempre que la pareja no tuviese hijos menores de edad, y si los tuviera no menos de cuatro años.

A estos elementos *textuales* suele agregarse un elemento subjetivo consistente en el *animus separationis*⁶³, en el sentido de que si bien no importa quién fue el causante de la separación, se exigiría como requisito adicional que se analice el *motivo* del origen del cese efectivo de la vida conyugal consistente en la *intencionalidad* de los cónyuges de mantenerse separados.

Así, la razón de la separación de hecho tendría que ser atribuida a motivos distintos a una necesidad (por ejemplo, por motivos laborales, de estudio, etc.) o a una fuerza mayor (por ejemplo, motivos de salud: un internamiento prolongado en un centro de salud), en el entendido de que la disolución del vínculo “por separación de hecho” encontraría su *ratio* en poner remedio a una crisis familiar. Si tal “crisis” no existe, porque había una justificación a la separación (entendida como no vivir bajo el mismo techo), se desvanecería la razón de su previsión.

A la inclusión del elemento subjetivo, ha contribuido la Tercera Disposición Complementaria de la Ley N° 27495 (disposición que no se incorporó al Código Civil) que establece:

Para efectos de la aplicación del inciso 12 del Artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

⁶² El que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, si no es relevante a los efectos de disolver el vínculo matrimonial, puede serlo a los efectos de establecer la indemnización conforme al art. 345-A del Código Civil, es decir, para la identificación del “cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho”.

⁶³ Plácido Vilcachagua (2001c:15).

Por tanto, a estar a esta disposición, si los cónyuges están separados de hecho por motivos laborales de alguno de ellos, no es que no se configure la causal, sino que no se configuraría si es que el que cónyuge está cumpliendo con sus “obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”, casi como si para considerar que la comunidad de vida material y espiritual que una relación matrimonial implica, bastaría que el cónyuge que se apartó del hogar “por motivos laborales” esté contribuyendo a la “economía del hogar”.

Ahora, la inclusión del *animus separationis*, como elemento integrante de la causal, pone en jaque su objetividad, constituyendo un rezago del divorcio como sanción frente el incumplimiento del deber de cohabitar, elemento subjetivo que solo es relevante frente a la causal de “abandono” (esto es, el alejamiento del hogar conyugal) que para ser tal debe ser “injustificado”.

Al respecto, David Percy Quispe Salsavilca sostiene lo siguiente:

Téngase presente que el elemento intencional en la separación de hecho no se identifica con la voluntad de divorcio. El ánimo de separación puede ser incluso contrario al divorcio, presentarse ciertamente como determinante del hecho material separación pero constituir en el fondo sólo la aceptación de una realidad imposible de revertir donde el contenido de la voluntad se dirige a orientar y proyectar el comportamiento de la vida íntima de manera ajena al proyecto del otro cónyuge pese a su íntimo querer afectivo. Así el cónyuge dolido por un adulterio continuado de su consorte decide separarse y dejar el domicilio de consuno. En su intimidad psíquica decide la separación conforme a su orden moral incompatible a la convivencia en tales circunstancias, pero mantiene aún un lazo afectivo por el que se encuentra dispuesto y quizá abriga aún la esperanza de reconstruir la relación. En tales circunstancias estamos ante un ánimo de separación y un decaimiento de la comunidad de vida. Ciertamente la separación no es en el ejemplo producto de un hecho impuesto donde la voluntad no tiene ninguna intervención es la consecuencia de la voluntad de separación y por consiguiente configura junto al derecho material la causal del inciso 12 del artículo 333⁶⁴.

3.2. El art. 345-A del Código Civil

El primer párrafo del art. 345-A del Código Civil, introducido también él por la Ley N°27495, constituye una clara manifestación de los rezagos de la lógica subyacente al divorcio-sanción. En efecto, en él se establece:

Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 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.

⁶⁴ Quispe Salsavilca (2002:113).

Así como está redactado, la posibilidad de demandar la disolución del vínculo matrimonial por separación de hecho viene condicionada al cumplimiento de las obligaciones alimentarias (u otros acuerdos patrimoniales), requisito éste que no guarda correspondencia con la naturaleza remedial de la causal, pues no debería confundirse el tratamiento la disolución del vínculo con el incumplimiento de ese deber económico-moral. Y ello, cabe aclarar, no porque el cumplimiento de las obligaciones alimentarias no sea prioritario, sino porque su incumplimiento no debería ser óbice para encontrar una salida a la crisis matrimonial. En particular si los alimentos son los debidos a los hijos, en una lógica de divorcio remedio, debería mantenerse separados el ámbito de las relaciones entre los cónyuges de aquel de las responsabilidades como padres.

Ciertamente, en la previsión del primer párrafo del art. 345-A del Código Civil subyace la lógica del divorcio-sanción, esto es, que el propio “culpable” de la vulneración de los deberes conyugales, no pueda tan fácilmente “liberarse” del vínculo matrimonial únicamente basándose en la existencia de la prolongada separación de hecho (que bien podría ser, en los hechos, un “abandono injustificado del hogar conyugal”).

Por otro lado, el legislador, revelando un inconsciente “sentimiento de culpa” de posibilitar que incluso el “culpable” de la crisis matrimonial pueda demandar la disolución del vínculo, sintió la necesidad de introducir el (equivoco) segundo párrafo del art. 345-A del Código Civil, con el siguiente tenor:

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 ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Como es consabido, la ambigua y poco feliz redacción de este dispositivo dio lugar a la convocatoria de un Pleno Casatorio cuya vista de la causa se llevó a cabo el 15 de diciembre de 2010, emitiéndose el día 18 de marzo de 2011 la Sentencia de Casación N° 4664-2010-Puno.

En esta sentencia, se estableció como precedente vinculante que en los procesos judiciales de separación de cuerpos y de divorcio por causal de separación de hecho, el establecimiento de una indemnización o la adjudicación preferente de bienes

de la sociedad conyugal podrá realizarse a pedido de parte pero también de oficio. En este último caso, la parte interesada tendrá que haber expresado o alegado –de algún modo– hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o el divorcio en sí, adjuntando prueba para acreditarse como el cónyuge al que denomina el “más perjudicado”.

Dicha alegación es identificada como un pedido implícito, que incluso puede darse en un momento posterior a la etapa postulatoria, el Pleno en lo único que hace énfasis es en establecer que en todos los casos deberá de concederse a la otra parte la oportunidad de pronunciarse y de ofrecer prueba, respetándose el principio de defensa y de contradicción.

Para llegar a esa conclusión, se analizó la naturaleza jurídica de la indemnización establecida en el art. 345-A del Código Civil, determinándose que ella tiene carácter de “obligación legal”. Para nuestra Corte Suprema, el dispositivo en cuestión solo impone el pago de una prestación pecuniaria, siendo imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge denominado como “menos perjudicado”.

En este entendido, se consideró que no es pertinente aplicar las reglas de responsabilidad civil, particularmente el establecimiento de factor de atribución alguno. Lo que si será necesario que concurra es la relación de causalidad, el desequilibrio económico que se tutela en estos casos tiene que haberse producido directa y efectivamente por la separación o el divorcio.

Entonces, la culpa o el dolo del cónyuge “menos perjudicado”, solo servirá para determinar la magnitud del perjuicio y establecer el monto indemnizatorio que tendrá que asumir a favor del cónyuge “más perjudicado”.

Finalmente, indicar que en el Considerando 65, se menciona que en los casos en los que el cónyuge “más perjudicado” sea quién causó la separación, la posible indemnización sería improcedente por falta de interés para obrar.

Más allá que se esté de acuerdo o no con la interpretación del art. 345-A del Código Civil dada en la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio, lo que debe quedar claro es que la pretensión “indemnizatoria”, explícita o implícitamente, planteada por quien se considere como el cónyuge “perjudicado” por la separación de hecho, es conexas, pero independiente, de la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio

“por separación de hecho”, en sentido de que para su estimación basta que en el caso concurren los elementos objetivo-temporales que la conforman, esto es, sin que influya de modo alguno que el cónyuge demandante sea el que haya “perjudicado” al otro.

3.3. Posición de la jurisprudencia

De la revisión de las 175 sentencias emitidas por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia (v. 2.2. del presente Capítulo), 148 fueron por la causal de separación de hecho, es decir casi la totalidad y ello no hace más que evidenciar la incoherencia de mantener las causales inculpatorias aún previstas en nuestro ordenamiento y su sustancial distanciamiento de la realidad, pues la mayoría de parejas, lejos de atravesar un proceso de divorcio fundado en una causal-sanción (causal sanción, que en mucho de los casos puede bien haberse configurado), dejan transcurrir el tiempo para demandar por esta causal (que es la más objetiva y, como tal, la menos traumática), utilizando el proceso únicamente para regularizar una situación fáctica previa.

Es importante evidenciar que un número significativo de las sentencias de primera instancia no son apeladas, siendo solo elevadas en consulta y aprobadas casi en su totalidad. Es más, cuando hay apelación en ella no se impugna el extremo de la disolución del vínculo matrimonial sino a las pretensiones accesorias, a saber, el monto indemnizatorio, la pensión alimenticia, etc.

Sin perjuicio de lo dicho, existen algunas consideraciones de la Corte Suprema sobre la configuración de esta causal que bien valen la pena evidenciar.

Así tenemos la Sentencia de Casación N° 988-2013-Lima, en la que se consideró que la ausencia de *animus separationis* hace improcedente la demanda:

[...] teniendo en cuenta las datas de la interposición de la demanda y de la constatación policial en la que se da cuenta de su retiro del hogar conyugal, el plazo previsto por ley ha excedido, sin embargo, el elemento volitivo o psicológico que exige dicha causal, no se ha visto arreglada, por cuanto, el *corpus separationis* no obedeció al *animus separationis* que motivó recurrir al demandante al órgano jurisdiccional, por cuanto el retiro de la casa conyugal se debió a un mandato judicial ordenado por el décimo primer Juzgado de Familia – Expediente número 183511-2002 por resolución número uno de fecha diecisiete de noviembre de dos mil cuatro, la misma que fue prorrogada y/o ampliada por resolución número nueve de fecha diecisiete de noviembre de dos mil cuatro por el plazo de un año y por resolución número catorce de fecha seis

de noviembre de dos mil seis a un año más; por tanto, *al no obedecer a su propia voluntad y encontrándose vigente la medida cautelar de suspensión del deber de cohabitación* al momento de instaurar su demanda, el plazo exigido por el inciso 12 artículo 333 de la norma sustantiva no se ha cumplido, deviniendo por tanto en improcedente⁶⁵.

En este caso, hay que notar, quien había demandado el divorcio era el cónyuge que había sido constreñido a “retirarse” del hogar conyugal por un mandato judicial (vigente al momento de demandar) y la sentencia consideró que como tal “retiro” no obedecía “a su propia voluntad” no se configuraba la causal de separación de hecho por ausencia del (supuesto) “elemento volitivo o psicológico que exige dicha causal”. Es decir, lo echaron de su “hogar”, pero como fue por resolución judicial (y no por su propia voluntad) no se configuraría la causal, casi como si las medidas judiciales se dispusieran de oficio y no a requerimiento de parte (en el caso, de la demandada).

La sentencia indicada, sin embargo, fue dictada por mayoría, contando con un voto en discordia, en el que si bien se considera elemento de la causal el “psicológico”, lo interpreta así:

[...] como se sabe los elementos de la causal de divorcio por separación de hecho son tres: material, psicológico y temporal. El **elemento material** está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de vida en común. El **elemento psicológico** se presenta cuando *no existe voluntad alguna en los cónyuges, sea de ambos o de uno de ellos, para reanudar la comunidad de vida*. Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, *sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse*. El **elemento temporal** está configurado por la acreditación de un período mínimo de separación entre los cónyuges; dos años si no existen hijos menores de edad y cuatro años si los hubiere⁶⁶.

Agregando que:

Si bien es cierto, cuando el demandante pidió la constatación policial de fecha treinta de diciembre de dos mil cuatro (sobre retiro voluntario de la casa

⁶⁵ Casación N° 988-2013-Lima, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia el 10 de junio de 2014 [cursivas agregadas]. Cabe señalar que el demandante se había fundado tanto en la causal de imposibilidad de hacer vida en común como en la separación de hecho. En primera instancia se había declarado fundada la demanda solo por la causal de separación de hecho. Apelada la sentencia por la demandada, la Sala Superior la confirma. La Corte Suprema, como dicho en el texto, casa la sentencia de vista y revoca la apelada y declara improcedente la demanda.

⁶⁶ Voto en discordia de la Casación N° 988-2013-Lima, de los magistrados supremos Miranda Molina y Carderón Puertas [negritas en el texto, cursivas agregadas].

conyugal) se encontraba vigente la medida cautelar de suspensión de deber de cohabitación ordenada por el Décimo Primer Juzgado de Familia, Expediente número 183511-2002, e inclusive fue prorrogada con posterioridad, *ello no enerva la existencia de una situación conflictiva de pareja, siendo inclusive la medida cautelar solicitada (y concedida) una manifestación del ánimo del cónyuge solicitante de terminar con la obligación de cohabitación*. Nótese que, tal como se ha establecido en las sentencias de mérito, los elementos probatorios evaluados en el proceso de violencia familiar entre las mismas partes, sumado a la posterior existencia del proceso de alimentos, *son elementos que permiten evidenciar una actitud deliberada de parte de ambos cónyuges de no hacer vida en común*, no teniendo la intención de compartir un mismo destino final en su vida conyugal. Por consiguiente, el primer extremo debe desestimarse⁶⁷.

En la Sentencia de Casación N° 911-2009-Lima, siempre sobre el (supuesto) elemento “volitivo”, se precisó lo siguiente:

[...] la separación de hecho de los cónyuges por un periodo prolongado, ininterrumpido de dos o cuatro años según sea el caso, sin la voluntad de hacer vida en común, puede acaecer por el abandono de hecho de uno de ellos, por provocar uno de ellos el alejamiento del otro o por acuerdo mutuo de separarse de hecho o de otras vicisitudes, cualquiera que fuere la circunstancia; asimismo, “la interrupción de cohabitación durante el lapso prolongado constituye la relación más evidente de que el matrimonio ha fracasado”, es por ello que el divorcio por causal objetiva no requiere que los cónyuges manifiesten las motivaciones que los llevaron para interrumpir su cohabitación basta confirmar el hecho objetivo que dejaron de vivir en consuno y que cada uno de ellos vivió separadamente del otro sin ánimo de unirse; sin embargo, *la separación temporal de los cónyuges no debe tener como causa hechos ajenos a la voluntad de ambos, esto es sin que una necesidad jurídica lo imponga*, por ejemplo por razones de trabajo uno de los casados se ausenta siempre que acredite el cumplimiento de la obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges por mutuo acuerdo, en cuyo caso la causal no es viable⁶⁸.

Por tanto, si los cónyuges viven, de hecho, separados por motivos laborales (siempre que, ciertamente, se cumplan las obligaciones alimentarias...), ninguno de ellos estaría legitimado para pretender la disolución del vínculo, porque se trataría de un “hecho ajeno a la voluntad de ambos”.

Ello evidencia que no se entiende la lógica de la causal (esto es, la lógica del divorcio-remedio): si los cónyuges están “materialmente separados” por un largo período de tiempo, el elemento “volitivo”, en todo caso, se manifiesta por la propia

⁶⁷ Cursivas agregadas.

⁶⁸ Casación N° 911-2009-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, El Peruano, 30 de junio de 2010 [cursivas agregadas].

demanda de uno de ellos de poner fin al vínculo fundada en la separación. En consideraciones como estas se aprecia el peso, aún persistente, de la causal inculpatoria de abandono “injustificado” del hogar conyugal, en donde sí sería relevante que el alejamiento físico entre los cónyuges fuera por motivos laborales o porque, por cualquier otra razón, así lo acordaron los cónyuges.

En la Sentencia de Casación N° 911-2009-Lima, por el contrario, en un caso en el cónyuge se había retirado del hogar conyugal por motivos laborales, se evaluó que además existían graves diferencias entre la pareja:

[...] asimismo, las instancias de mérito arribaron al convencimiento que en lo actuado se encontraba probado que el demandante desde el once de enero de mil novecientos noventa y cinco labora en Toquepala, mientras que la demandada vive en Ilo, conforme se corrobora con la constancia de trabajo emitida por Souther Copper- obrante a fojas nueve-; además, la empresa referida (empleador del demandante) le asignó una casa-habitación, ubicada en B-Miramar y no un cuarto compartido con otros como afirma la demandada con el fin de justificar su rechazo de trasladarse a dicho domicilio, *de lo que se infiere que la razón última de la separación de hecho de los cónyuges no fue por razones laborales sino por desavenencias existentes entre ellos*, como así bien lo determina la Sala de mérito en el décimo considerando de la resolución impugnada; siendo ello carece de asidero legal la denuncia invocada debiendo desestimarse la misma⁶⁹.

Hay que reiterar: en el caso de la separación de hecho, lo único que debería importar es que la convivencia entre los cónyuges haya cesado durante el período fijado legalmente. En tal sentido, los motivos que dieron origen a la mencionada separación puede ser relevante a los efectos del segundo párrafo del art. 345-A del Código Civil, más no a los efectos de declarar la disolución del vínculo matrimonial.

4. **Apreciación de conjunto**

De las posiciones asumidas por la jurisprudencia se puede apreciar como nuestra judicatura no ha logrado internalizar el cambio de perspectiva que debería haber implicado la introducción del divorcio como remedio a una crisis conyugal y sigue razonando como si el divorcio fuera una “sanción social” frente al incumplimiento de los “deberes” conyugales.

En particular, respecto de la causal de imposibilidad de hacer vida en común es apreciable cómo nuestra judicatura no ha sido capaz de darle al texto del inc. 11 del

⁶⁹ Casación N° 5815-2011-Moquegua, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 12 de marzo de 2013 [cursivas agregadas].

art. 333 del Código Civil la lectura “remedial” que le es propia y, como consecuencia, niega (o da) la solución del divorcio en base al criterio de la imputabilidad.

Otro tanto ocurre con la causal de separación de hecho que, ya sea por la exigencia del (supuesto) elemento del *animus separationis* o por la vinculación legal con el cumplimiento de obligaciones alimentarias, termina por quitarle al divorcio en base a ella buena parte de su función remedial.



CAPÍTULO III

EL ALLANAMIENTO EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO

1. Comportamientos del demandado frente a la demanda

Cuando alguien viene demandado, surge en él la carga de tomar posición sobre la demanda. A grandes rasgos el demandado puede asumir una posición de *resistencia* o de *no resistencia*.

La resistencia del demandado, a su vez, puede asumir diversas manifestaciones. Así podrá:

- a) Plantear cuestiones de orden procesal (es decir, plantear lo que el Código Procesal Civil denomina “excepciones”); y/o
- b) Realizar el acto defensivo por excelencia: constestar la demanda, en la cual, a su vez, podrá:
 - i. Negar los hechos constitutivos del derecho alegados por el demandante (art. 446 y ss. CPC);
 - ii. Admitir (todos o algunos) de los hechos constitutivos alegados por el demandante (inc. 2 del art. 442 CPC), negando las consecuencias jurídicas pretendidas en la demanda;
 - iii. Alegar otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho afirmado por el demandante (inc. 4 del art. 442 CPC).

Cualquiera de estos comportamientos implica, en mayor o en menor grado, una *resistencia* frente a la pretensión planteada en la demanda.

Pero el demandado puede también asumir una posición de *no resistencia*. Así podrá *voluntariamente* no realizar actuación defensiva alguna, dejando simplemente pasar todas sus oportunidades defensivas. De ser así, ello lo conducirá a ser declarado *rebelde*, comportamiento omisivo que para el ordenamiento peruano es, como regla, interpretado como una *no resistencia*. Pero también puede asumir, al inicio o luego, una posición de no resistencia expresa: tal comportamiento del demandado es llamado en lengua castellana “allanamiento”.

En las líneas que siguen se analizará primero la figura procesal del allanamiento para, luego, analizar las posiciones de la doctrina y jurisprudencia sobre su procedencia en los procesos de divorcio.

2. El allanamiento como figura procesal

2.1. Concepto de allanamiento

En sentido general, el término “allanar” tiene como sinónimos los vocablos someterse, sujetarse, rendirse o avenirse ante alguna cosa. Por su parte, en el ámbito jurídico procesal este vocablo alude al comportamiento del demandado de aceptación de la pretensión planteada en la demanda.

Suele indicarse que el allanamiento es un modo “autocompositivo” de una controversia. Tal ha sido el influyente enfoque de Niceto Alcalá-Zamora⁷⁰, quien justamente consideraba como “formas auténticas” de autocomposición la renuncia, el allanamiento y la transacción⁷¹. Sin embargo, hay que tener presente que Alcalá-Zamora no entendía la “autocomposición” como un modo de concluir el proceso, sino como un “*medio para la solución de los litigios*”⁷².

Nuestro Código Procesal Civil, por el contrario, ha colocado al allanamiento – junto con la conciliación, la transacción, el desistimiento y el abandono– como “Forma especial de conclusión del proceso”, lo que ya de por sí es discutible, por cuanto, conforme al art. 333 del Código, una vez “declarado” (*rectius*, aprobado) el allanamiento “el Juez debe expedir sentencia inmediata”. Por tanto, producido un

⁷⁰ Alcalá-Zamora (2000: 72 ss).

⁷¹ Alcalá-Zamora (2000: 82).

⁷² Alcalá-Zamora (2000: 72) [cursivas del autor].

allanamiento eficaz, el proceso termina de su modo “normal” (o, “usual”): la sentencia.

Pero más allá de su colocación sistemática, el Código Procesal Civil ha acogido una “bastante artificial”⁷³ distinción entre allanamiento y reconocimiento. Es así que su art. 330 dispone:

El demandado puede expresamente allanarse o reconocer la demanda, legalizando su firma ante el Auxiliar jurisdiccional. En el primer caso acepta la pretensión dirigida contra él; en el segundo, además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta.

El reconocimiento se regula por lo dispuesto para el allanamiento.

Ello significa que para el Código Procesal Civil, el allanamiento implicaría “solo” que el demandado “acepte” la pretensión, mientras que en el reconocimiento, además de aceptar la “pretensión”, admitiría la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y sus fundamentos jurídicos. De aceptarse esta distinción resultaría que la pretensión estaría compuesta solo por el *petitum* y no por la *causa petendi*. Por ello, a la luz del art. 330 del Código Procesal Civil, Giovanni Priori ha interpretado que el allanamiento no se refiere a la pretensión, sino solo al *petitorio*, mientras que el reconocimiento comprendería tanto el *petitorio* como su *causa petendi*:

El allanamiento es el negocio jurídico procesal unilateral del demandado a través del cual éste acepta el *petitorio* de la demanda dirigida contra él por el demandante en el proceso. Debe pues tenerse en cuenta que a través del allanamiento, el demandado no reconoce que la pretensión plantada contra él por el demandante es conforme al derecho objetivo; sino que se limita a manifestar su voluntad de satisfacer el interés del demandante, abdicando con ello al ejercicio de su derecho de defensa.

El reconocimiento, en cambio, es un negocio jurídico unilateral del demandado a través del cual *no solo acepta o se somete al petitorio* de la demanda dirigida contra él por el demandante, sino que además manifiesta que los hechos y el derecho que se han invocados como fundamentos de la pretensión son ciertos⁷⁴.

Con esta lectura, en realidad, se está legitimando una distinción inconducente, pues, por un lado, el propio art. 330 CPC señala que el reconocimiento “se regula por lo dispuesto para el allanamiento”, es decir, que las dos (supuestas) figuras se rigen por las mismas exactas reglas y, por el otro, el propio CPC se desmiente a sí mismo al establecer en el inc. 3 de su art. 332 que el allanamiento no procede cuando los

⁷³ Es esos términos, Cavani (2018: 35).

⁷⁴ Priori Posada (2001:38).

“*hechos admitidos* requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte”, con lo cual resultaría que el allanamiento sí implica admisión de hechos. Frente a esto último, para salvar la (inútil) distinción se ha sostenido que:

Esta causal [de improcedencia] debe ser entendida sólo respecto del reconocimiento, puesto que tal y como lo hemos señalado anteriormente, en él el demandado admite el petitorio y los hechos que lo sustentan mientras que el allanamiento el demandado no admite los hechos⁷⁵.

Al margen que nadie sabe a ciencia cierta qué quiso decir el CPC al establecer que no procede el allanamiento cuando los hechos “requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte”⁷⁶, bajo esta óptica: ¿qué ocurriría si el demandado (solo) acepta el “petitorio” y su *causa petendi* comprende hechos que “requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte”? Pese a ello: ¿se aprobará el allanamiento y dictará sentencia? ¿Sobre qué se formará cosa juzgada? ¿Sólo sobre el petitorio? ¿Es ello posible?

Lo cierto es que la distinción entre allanamiento y reconocimiento carece de base y constituye solo el irreflexivo producto de la recepción legislativa de una distinción dogmática, formulada en el año 1946 por Santiago Sentís Melendo⁷⁷ en Argentina y seguida, luego, por el uruguayo Ricardo Chao Laurenti⁷⁸ en 1957,

⁷⁵ Priori Posada (2001: 39).

⁷⁶ En realidad, el inc. 3 del art. 332 CPC es solo una inútil duplicación de sus incs. 4 (“El conflicto de intereses afecta el orden público o las buenas costumbres” y 5 (“El conflicto de intereses comprende derechos indisponibles”). Cabe aclarar que el inc. 5 del art. 332 CPC está referido no a la declaración de parte (que es neutra), sino a la confesión de los hechos contrarios al interés de la parte confesante, que no es (en otros ordenamientos) “prueba plena” cuando, justamente, está referida a derechos indisponibles. Así, por ejemplo, dispone el art. 134 del Código General del Proceso (CGP) uruguayo: “Allanamiento a la demanda. El demandado podrá allanarse a la demanda, reconociendo su fundamento y aceptando la pretensión; en este caso, el tribunal deberá dictar sentencia de inmediato, sin necesidad de prueba ni de ningún otro trámite.// Corresponderá, por el contrario, seguir los trámites del proceso respectivo si la cuestión planteada es de orden público, *si se tratare de derechos indisponibles o si los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión*”. Por su parte, el art. 153.2 del CGP uruguayo dispone: “La confesión judicial *hace prueba* contra la parte que la realiza, salvo que *se tratare de hechos respecto de los cuales la ley exige otro medio de prueba o recayere sobre derechos indisponibles*. Cesa de hacer fe cuando constare haber sido determinada por error, violencia o dolo”. Respecto de hechos que requieren ser probados por otros medios además de la confesión en el ordenamiento uruguayo, dispone el art. 166 de su Código Civil, que en los procesos de separación, “Todas las especies de pruebas serán admitidas en estos juicios; *pero la confesión* o juramento de los cónyuges *no será bastante para que la separación sea decretada*”. En el ordenamiento peruano no existe una norma semejante.

⁷⁷ Sentís Melendo (1958: 268-271).

⁷⁸ Chao Laurenti (1957: 179-214).

distinción ésta que no ha sido recogida por ordenamiento positivo alguno (salvo el nuestro).

Cabe tener en cuenta que la gran mayoría de autores del área latinoamericana, consideran que el allanamiento implica la admisión de los hechos. Así, solo por citar a algunos, el colombiano Hernando Devis Echandía, quien define al allanamiento como la admisión expresa o tácita de los hechos que fundamentan la pretensión; el uruguayo Eduardo Couture, quien hace referencia a que el allanamiento es el reconocimiento de la verdad de los hechos y el derecho invocado por el adversario; el español Luis Segovia López, quien afirma que el allanamiento supone la conformidad de una pretensión concreta y definida por los hechos constitutivos de la misma incluidos en la demanda, y así se podría seguir citando⁷⁹.

Hay que tener en cuenta, además, que sólo en idioma castellano el acto objeto de análisis es descriptivamente llamado “allanamiento”. En el resto de idiomas a nosotros, más o menos, familiares, o se le llama “confesión” (como en Portugal: “*confissão*”, hoy en el art. 283 del Código de 2013) o, sobre las huellas de la terminología alemana (*Anerkenntnis*: § 307 de la Ordenanza Procesal Civil alemana⁸⁰) se le llama “reconocimiento”⁸¹: así, en Italia, se discurre de *riconoscimento della domanda* (aunque la figura no está expresamente recogida en su ordenamiento procesal⁸²) y en el Brasil, *reconhecimento do pedido* (art. 269.II del Código de 1973; 487. III del Código del 2015).

Como se dirá luego (2.6), lo que sí es distinguible del allanamiento es el mero “reconocimiento de hechos” (o admisión de hechos) expreso o ficto.

Por tanto, en el presente trabajo, se asume como concepto de allanamiento el del art. 330 CPC: *expresa aceptación del demandado de la pretensión planteada en la*

⁷⁹ Márquez Romero (1992:65-66).

⁸⁰ El § 307 de la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) alemana establece: “Reconocimiento. Si una parte reconoce la pretensión hecha valer por la otra en forma total o parcial, entonces debe pronunciarse conforme a dicho reconocimiento. No es necesaria una audiencia oral”. Esta es la traducción de Pérez Ragone y Ortiz Pradillo (2006), pero la traducción de Prieto Castro (Goldschmidt 1936) es la siguiente: “Si una parte se allanase total o parcialmente en la vista a la pretensión ejercitada contra ella, se le condenará, a instancia de la otra, conforme a su allanamiento (reconocimiento)”.

⁸¹ Costa (1967: 167-212).

⁸² Chiovenda (1925: 190-191; 1954: 74-75), durante la vigencia del Código italiano de 1865 le dio “carta de ciudadanía” al igual que Carnelutti (1982: 143-144). Se la negó, en cambio, Liebman (1962: 177-215). El Código de 1940 tampoco la prevé.

demanda. Ello significa que lo que “acepta” el demandado es la pretensión con *todos* sus elementos identificadores:

- a) el *petitorio*, esto es el concreto pronunciamiento que se le pide al juez emitir; y
- b) la *causa de pedir*, esto es, la razones de hecho y de derecho, que –conforme al ordenamiento jurídico– le darían al demandante el derecho a obtener un pronunciamiento como el pedido.

Cabe aclarar, que el ámbito operativo del allanamiento no está restringido a las pretensiones de condena (dinerarias o no), sino que también abarca aquellas en las que se pretende obtener una mera declaración de certeza e, incluso, pretensiones constitutivas, esto es aquellas que crean, modifican o extinguen relaciones (o más en general, situaciones) jurídicas.

2.2. Naturaleza del allanamiento

La naturaleza del allanamiento es bastante discutida. Según Márquez Romero⁸³ existen tres teorías que explican su naturaleza:

- a) *Teoría sustantiva o de derecho material*, según la cual el allanamiento no es más que un negocio jurídico civil o de Derecho Privado, para cuya validez y eficacia, tendrá que cumplir con cada uno de los requisitos de validez exigidos por ley sustancial. En tal línea, lo más importante del allanamiento no es el ámbito en el que se ha originado (el proceso), sino el ámbito en el van a repercutir sus efectos, y ese espacio no es otro que el ámbito del derecho material.
- b) *Teoría procesalista*, según la cual el allanamiento es un acto procesal exclusivamente procesal que va a *causar* o dar origen a otro acto procesal: la sentencia, determinando el contenido y lineamientos que en ella tiene que establecer el juzgador.
- c) *Teoría mixta o de “doble naturaleza”*, según la cual el allanamiento es a la vez un acto procesal y un acto dispositivo de naturaleza sustancial que vincula al juez.

⁸³ Márquez Romero (1992:81-86).

Cabe señalar que estas teorías tienen relevancia sobre todo cuando un ordenamiento procesal no regula el allanamiento (como en el ordenamiento italiano) o lo regula escasamente (como en el ordenamiento alemán), en el que el problema principal está representado por la eficacia que tendría para el juez el que un demandado *declare* su conformidad con la demanda, esto es, si frente a ese comportamiento no resistente del demandado, el juez deba, sin más, emitir una sentencia que declare fundada la demanda o más bien deba emitir otro tipo de resolución⁸⁴.

Como se verá a continuación, este problema no se presenta en el ordenamiento peruano, pues el art. 332 CPC ha establecido (aunque en negativo) cuáles son los requisitos de fondo para que un allanamiento proceda y como consecuencia de ello se declare fundada la demanda.

2.3. Requisitos de procedencia del allanamiento

2.3.1. En cuanto a la aptitud del allanado

El allanamiento es un acto procesal exclusivo del demandado. Para que tal acto sea válido, el que lo realiza debe obviamente contar con *capacidad para ser parte* (contar con subjetividad jurídica) y con *capacidad procesal* (capacidad para realizar actos procesales válidos).

Pero tales capacidades no bastan, se requiere que quien formula el allanamiento sea el *legitimado* para ello, esto es, que sea el “legítimo demandado”. Probablemente a este concepto se refiera el inc. 1 del art. 332 CPC al establecer que no procede el allanamiento cuando el demandado “no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto”. En tal línea, habría que entender que para que el allanamiento proceda, el juez deba previamente verificar la legitimación del demandado, esto es si efectivamente es quien deba serlo.

En el mismo plano de la legitimación, cuando se esté ante un *litisconsorcio pasivo necesario*, para que el allanamiento proceda debe de provenir de todos ellos (inc. 6 del art. 332 CPC).

⁸⁴ Sentis Melendo (1958: 294-297), por ejemplo, haciendo eco de las diversas posiciones doctrinales, legislativas y judiciales, señala que producido un allanamiento el proceso podría terminar por una simple providencia, por una resolución de homologación o por una sentencia.

Cuando la parte demandada esté actuando mediante representante o apoderado, tal representante o apoderado debe contar con facultades para allanarse (inc. 2 del art. 332 CPC). Dentro del mismo requisito se encuentra el supuesto del inc. 9 del art. 332 CPC, esto es que cuando el demandado sea el Estado “u otra persona de derecho público”, el representante deba contar con “autorización expresa” para allanarse.

2.3.2. En cuanto al objeto del allanamiento

Si el allanamiento es la aceptación de la pretensión planteada en la demanda para que tal allanamiento proceda, lo demandado no debe “afectar el orden público o las buenas costumbre” (inc. 4 del art. 332 CPC) ni comprender “derechos indisponibles” (inc. 5 del art. 332 CPC). De igual manera, no podría proceder el allanamiento cuando el juez *presuma* “la existencia de fraude o dolo procesal” (inc. 7 del art. 332 CPC) o ni perjudique a tercero (inc. 8 del art. 332 CPC).

Como se analizará en el Capítulo IV, suele considerarse el prototipo de improcedencia del allanamiento, por estar en juego *situaciones indisponibles*, está representado por aquellas pretensiones de “estado” (interdicción, filiación, nulidad de matrimonio, separación o divorcio por causal, etc.).

2.3.3. Oportunidad

De acuerdo al art. 331 CPC el demandado “puede allanarse a la demanda en cualquier estado del proceso, previo a la sentencia”. El Código es impreciso sobre cuál sentencia sea la que marca la preclusión del allanamiento. Parecería que se refiera a la sentencia de primera instancia. Sin embargo, el tema es discutible, pues respecto:

- a) De la conciliación ha establecido que procede “en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia” (art. 323);
- b) De la transacción ha establecido que puede ocurrir “en cualquier estado del proceso [...], incluso durante el trámite del recurso de casación” (art. 334);
- c) Del desistimiento de la pretensión ha establecido que “procede antes de que se expida sentencia en primera instancia, salvo que sea convencional” (segundo párrafo del art. 342).

De allí, que una lectura “pro-allanamiento” podría conducir a considerar que el allanamiento (al igual que la transacción) puede ocurrir hasta que no haya una resolución final del proceso.

Naturalmente el momento ordinario para que el demandado se allane es en aquel de la contestación de la demanda. Si ello ocurre, y el allanamiento viene aprobado, conforme al último párrafo del art. 413 CPC, el demandado viene liberado del reembolso de las costas.

2.3.4. Forma

El allanamiento debe ser expreso (art. 330 CPC), lo que significa que la “manifestación de voluntad” de allanarse, en el ordenamiento peruano, no puede ser “tácita” (por silencio) ni por comportamiento concluyente. El art. 330 CPC, al exigir la legalización de la firma del allanante “ante el Auxiliar jurisdiccional”, parecería presuponer que se haga por escrito. Sin embargo, nada debería obstaculizar un allanamiento verbal realizado personalmente por la parte (o por representante facultado para ello) en una audiencia, sentándose tal declaración en el acta correspondiente.

2.4. Efectos de la aprobación del allanamiento

2.4.1. En el allanamiento total

Si el allanamiento no cumple con todos los requisitos indicados en el apartado anterior el juez lo debe declarar improcedente y disponer la continuación del proceso (art. 332). Por el contrario, si se cumplen todos los requisitos, el allanamiento debería aprobarse y procederse conforme al art. 333 del Código:

Declarado el allanamiento, el Juez debe expedir sentencia inmediata, salvo que éste no se refiera a todas las pretensiones demandadas.

Cabe aclarar que el allanamiento no se “declara” (como dice el art. 333 CPC), sino que se “aprueba” (como dice el art. 344 CPC respecto del desistimiento de la pretensión⁸⁵). ¿Pero cuál sentencia debe emitirse tras la aprobación del allanamiento? Sin duda, una sentencia de fondo y ello porque el art. 322 del Código Procesal Civil

⁸⁵ Artículo 344.- Desistimiento de la pretensión.- *La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión*, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada. Este desistimiento no requerirá la conformidad del demandado, debiendo el Juez revisar únicamente la capacidad de quien lo realiza y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión, teniendo en cuenta lo dispuesto sobre la improcedencia del allanamiento en lo que corresponda.

establece que: “Concluye el proceso con declaración sobre el fondo cuando: [...] 3. El demandado reconoce la demanda o se allana al petitorio”.

Ahora bien, si el allanamiento ha sido aprobado, la sentencia, aunque el Código no le precise, no puede sino ser una sentencia estimatoria de la demanda y es sobre esa declaración (y no respecto del allanamiento que es acto de parte) que se formará cosa juzgada.

Naturalmente, la emisión de la sentencia presupone que el allanamiento haya sido total, esto es, que de haber más de una pretensión planteada en demanda el demandado se haya allanado respecto de todas. También debe considerarse que el allanamiento es total cuando habiéndose planteado más de una pretensión en la demanda, pero de manera subordinada, el demandado se allane a la pretensión principal.

2.4.2. Allanamiento parcial

El allanamiento puede ser parcial, esto es, no sobre el íntegro de lo pretendido por el demandante.

Ello puede presentarse:

- a) En las pretensiones de cantidad: el demandado se allana respecto de una parte de la cantidad demandada;
- b) En los supuestos de acumulación de pretensiones: si se ha planteado más de una pretensión y el demandado no se haya allanado respecto de todas.

Lamentablemente en el caso de allanamiento parcial, a estar lo dispuesto en el art. 333 del Código, el efecto no es la emisión inmediata de la sentencia respecto de la pretensión allanada, sino que el proceso continúe respecto de lo no allanado, hasta llegar al momento “normal” de la sentencia, en que recién se emitirá un pronunciamiento sobre la pretensión allanada.

2.5. Diferencias entre el allanamiento y otras figuras “autocompositivas”

2.5.1. El desistimiento de la pretensión

Desistirse es abdicar, apartarse, renunciar a algo. Por su esencia un desistimiento es un acto unilateral, en el caso del demandante o del autor de un acto procesal. El Código Procesal Civil prevé tres figuras de desistimiento:

- a) El desistimiento del proceso, acto propio del demandante que decide, por la razón que sea, no continuar ya con el proceso por él iniciado. Cuando el desistimiento del proceso ocurre tras la notificación del demandado, requiere de su conformidad. Pero, la conformidad se manifiesta de la manera más leve posible: si no formula oposición en el plazo de tres días de notificado, se considera aceptado (art. 343 CPC). Por el contrario, si el demandado se opone (no siendo necesaria expresión de causa), el proceso debe continuar.
- b) El desistimiento de un acto procesal específico (segundo párrafo del art. 343 CPC): de un medio impugnatorio, de un medio de defensa o de otro acto. Según el CPC el desistimiento del acto “deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado”.
- c) Desistimiento de la pretensión (art. 344 CPC).

Es este último desistimiento que interesa comparar con el allanamiento. Es importante transcribir el art. 344:

Desistimiento de la pretensión.- La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada. Este desistimiento no requerirá la conformidad del demandado, debiendo el Juez revisar únicamente la capacidad de quien lo realiza y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión, teniendo en cuenta lo dispuesto sobre la improcedencia del allanamiento en lo que corresponda.

Si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones o si sólo es deducido por uno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él. *En este último caso, debe tenerse presente lo dispuesto sobre litisconsorcio necesario.*

El desistimiento de la pretensión no obsta el trámite de la reconvenición, que continuará ante el mismo Juez, cualquiera que fuese su cuantía⁸⁶.

Respecto al allanamiento, el desistimiento de la pretensión presenta las siguientes diferencias:

- a) si el juez lo aprueba, no debe emitir sentencia, sino que se emitirá un *auto*⁸⁷ que dará por aprobado el desistimiento y dispondrá la conclusión del

⁸⁶

Cursivas agregadas.

proceso. Tal auto viene *equiparado* a una sentencia desestimatoria de la demanda.

- b) Si el desistimiento es parcial “el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él”, esto es el proceso concluye respecto de las pretensiones desistidas, continuándose con él respecto de las demás.

Todo lo demás son semejanzas, tanto es así que a los efectos de la aprobación del desistimiento de la pretensión el Código nos remite a las normas sobre la improcedencia del allanamiento.

Por tanto, desde el punto de vista objetivo, parecería existir un total paralelismo entre el desistimiento de la pretensión y el allanamiento, en el sentido de que donde cabe un desistimiento de la pretensión del demandante, cabe, el allanamiento del demandado. En el Capítulo IV se verá que este paralelismo no funciona igual en los procesos de estado y capacidad civil de las personas.

2.5.2. La transacción judicial

La transacción en el ordenamiento peruano tiene una doble regulación: por un lado, en el Código Civil, concebida como una forma de extinción de las obligaciones (arts. 1302-1312) y, por el otro, en el Código Procesal Civil, concebida como una forma de “conclusión especial del proceso” (arts. 334-339).

A diferencia del allanamiento y del desistimiento de la pretensión, la transacción logra una solución del conflicto de una forma convencional, con la participación de ambas partes. Se trata de la solución autocompositiva de conflictos por excelencia: se le pone fin a través de un contrato.

Lo típico de una transacción, esto es la que la distingue de cualquier otro negocio jurídico bilateral⁸⁸, está en que las partes de un conflicto le ponen fin a través de “concesiones recíprocas” (art. 1302 del Código Civil). En general, el art. 1305 del

⁸⁷ Que el desistimiento de la pretensión venga aprobado por un auto (que, a su vez, da por concluido el proceso), está establecido en segundo párrafo del art. 121 CPC: “*Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento*”.

⁸⁸ Osterling Parodi y Castillo Freyre (1997:407).

Código Civil establece que solo “los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción”.

Una transacción puede lograrse antes de que un conflicto haya desembocado en un proceso. En tales casos, nos encontramos en estricto ante una *transacción extrajudicial* que se rige solo por las normas de Derecho Privado.

En cambio, cuando el conflicto ya ha generado un proceso entran en escena las normas del Código Procesal Civil, en particular, el que para que una transacción ponga fin a un proceso pendiente se requiere no solo que revista las *formas* establecidas en el art. 335 CPC⁸⁹, sino que debe ser *aprobada* por el juez, conforme al primer párrafo del art. 337:

El Juez *aprueba* la transacción siempre que contenga *concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres*, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme⁹⁰.

Por tanto, al igual que el allanamiento y el desistimiento de la pretensión, la transacción judicial para que produzca el efecto de terminar con el proceso debe ser aprobada por el juez (por eso es “judicial”). Si bien en los tres casos, la aprobación se hace por auto, al igual que el desistimiento de la pretensión y a diferencia del allanamiento (que determina que se emita una sentencia), el auto que aprueba la transacción es el que pone fin al proceso (siempre, ciertamente que se haya transado sobre todas las pretensiones objeto del proceso), pero a diferencia del desistimiento de la pretensión, será la transacción la que tendrá “la autoridad de la cosa juzgada” (segundo párrafo del art. 337 CPC).

Pero, ciertamente es lo que notoriamente más distingue a la transacción del allanamiento (y del desistimiento de la pretensión) es su ámbito más restringido: lo transado debe serlo respecto a “derechos patrimoniales” (esto es, de contenido económico) y no simplemente “disponibles”. Comparte con el allanamiento (y como

⁸⁹ Dispone el art. 335 CPC: “Requisitos de la transacción.- La transacción judicial debe ser realizada únicamente por las partes o quienes en su nombre tengan facultad expresa para hacerlo. //Se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo. //Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de éste, presentarán el documento que contiene la transacción legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo en el escrito en que la acompañan, requisito que no será necesario cuando la transacción conste en escritura pública o documento con firma legalizada”.

⁹⁰ Cursivas agregadas.

consecuencia, con el desistimiento de la pretensión) el que el juez no la aprobará si es que afecta “el orden público o las buenas costumbres”.

En atención a su ámbito operativo (derechos patrimoniales) la transacción es inconcebible en los procesos de estado y capacidad civil de las personas.

2.5.3. La conciliación judicial

La conciliación es un acto jurídico bilateral, mediante el cual son las propias partes quienes resuelven, total o parcialmente, su conflicto de intereses en los términos expuestos por ellas mismas.

La conciliación, a diferencia de la transacción, no tiene un objeto determinado por la ley. En tal línea, la conciliación podría implicar que las partes se hagan concesiones recíprocas, que una de las partes acepte la pretensión de la otra o que se desista de su pretensión. Lo único que caracteriza a la conciliación es que es el producto del acuerdo de las partes en conflicto.

Hasta antes de la Ley de Conciliación, Ley N° 26872 de 1997, la conciliación era un instituto estrictamente procesal. Desde la vigencia de la indicada Ley y en particular por las reformas que le aportara el Decreto Legislativo N° 1070, la conciliación es, como regla, extrajudicial y solo por excepción es procesal. Así dispone el art. 324 del Código Procesal Civil:

La conciliación se llevará a cabo ante un Centro de Conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el Juez convocarla en cualquier etapa del proceso⁹¹.

Con todo, estando pendiente un proceso, sea que el procedimiento conciliatorio se lleve a cabo en un Centro de Conciliación o ante el juez, si las partes logran el acuerdo, éste debe ser aprobado por el juez. Así dispone el art. 325 del Código Procesal Civil: “El Juez aprobará la conciliación que trate sobre *derechos disponibles*, siempre que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio”⁹². A su vez el art. 327 del mismo Código establece:

Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de éste, presentarán con un escrito el Acta de Conciliación respectiva, expedida por un Centro de Conciliación Extrajudicial.

⁹¹ Esta disposición solo está vigente en aquellos lugares en los que está vigente la conciliación extrajudicial obligatoria.

⁹² Cursivas agregadas.

Presentada por las partes el acta de conciliación, el Juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325 y, declarará concluido el proceso.

Si la conciliación presentada al Juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero.

Por tanto, sea que el acuerdo conciliatorio se haya logrado en el propio proceso o en un Centro de Conciliación, para que ella le ponga fin requiere de la aprobación judicial y solo será aprobada si se concilió sobre *derechos disponibles*.

Por lo demás, la propia Ley de Conciliación, en su art. 7 (en la redacción del Decreto Legislativo N° 1070), establece que son materias conciliables “las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes”, artículo que agrega que, en materia de familia:

[...] son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes *tengan libre disposición*. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.

Por tanto, el área de lo “conciliable” resulta más vasto que lo transable, pero coincide con lo que podría ser objeto de allanamiento y de desistimiento de la pretensión⁹³.

2.6. Allanamiento, admisión (o reconocimiento) de hechos, rebeldía y la “confesión” como medio de prueba

Históricamente el allanamiento como figura procesal se deriva de la “*confessio in iure*” del proceso formulario romano, comportamiento del demandado en la fase

⁹³ También el arbitraje tiene ese mismo ámbito operativo. Así establece el art. 2 del Decreto Legislativo N° 1071: “Materias susceptibles de arbitraje. 1. Pueden someterse a arbitraje las *controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”. La disposición es mucho más abierta que la que establecía el art. 1 de la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572): “Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables *sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición*, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: 1. *Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas*, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial. 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso. 3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”.

ante el pretor (*in iure*), en la que en lugar de negar la afirmación jurídica del actor (la *intentio*) la aceptaba (*confessio*)⁹⁴. En tales casos, el pretor, en vista de la ausencia de controversia, en lugar de remitirla al juez privado para su resolución (fase *in iudicium*), concluía el procedimiento, siendo la confesión del demandado en esta fase un equivalente a la sentencia (*confessio in iure pro iudicato habetur*), pudiendo en base a ella procederse al ejecución, en cuanto el demandado se había “condenado a sí mismo”⁹⁵. Por el contrario, si se producía la negación (*infinitio*), el pretor redactaba la fórmula y remitía el asunto al juez para su decisión. Ya en la fase *in iudicium* era posible que “una de las partes reconociera la verdad de singulares circunstancias de hecho afirmadas por el adversario. Se tenía entonces aquella que se suele llamar *confessio in iudicio*. Su eficacia, que no está determinada con precisión por las fuentes, debía ser aquella de un medio de convicción para el juez en la búsqueda de la verdad”⁹⁶.

En el derecho moderno, de estas dos “confesiones”, a través de un largo proceso histórico, surgen dos figuras procesales: por un lado, de la “*confessio in iure*” se deriva, como ya mencionado, el allanamiento y, por el otro, de la “*confessio in iudicio*”, se derivó la confesión como medio de prueba.

Entre ambas figuras, sin embargo, existe una intermedia: la de la *mera admisión de los hechos afirmados por la parte contraria*, como comportamiento que puede asumir tanto el demandado como el demandante.

Lo característico de la admisión es ella puede ocurrir cuando la parte tiene que tomar posición sobre las afirmaciones fácticas efectuadas por su adversario. En el caso del demandado, conforme lo establece el inc. 2 del art. 442 del Código Procesal Civil, ello tiene que ocurrir en la contestación de la demanda, acto en el que, justamente el demandado “debe” pronunciarse “respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda”. En el caso del demandante, la oportunidad que tiene para pronunciarse sobre los hechos expuestos por el demandado en su contestación será la prevista en el art. 440 CPC:

⁹⁴ Liebman (1962: 178).

⁹⁵ Costa (1967: 167).

⁹⁶ Liebman (1962: 181).

Cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho.

En tales momentos, de producirse la negación (de todos o algunos) de los hechos afirmados por la parte contraria, los hechos se asumen controvertidos y como tales deberán ser objeto de prueba. Por el contrario, si (todas o algunas) de las afirmaciones de hecho de la parte contraria vienen admitidas (o reconocidas), la consecuencia la establece el inc. 2 del segundo párrafo del artículo 190 CPC: no necesitarán ser probadas. Es así que el inc. 2 del segundo párrafo del art. 190 CPC establece:

Son [...] improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer: [...]

2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

Dicho de otra manera: el hecho afirmado por una parte y admitido por la otra es un hecho que *no integra el tema de prueba* y que, como tal, el juez *tiene* que tenerlo por *cierto* al momento de decidir. En tal sentido, si la admisión de los hechos es total, esto es, recae sobre la totalidad de las afirmaciones de hecho, no será necesaria actividad probatoria alguna y el juez deberá proceder conforme al art. 473 CPC:

El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite que el informe oral:

1. Cuando advierte que *la cuestión debatida es sólo de derecho* o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva.

Por tanto, la admisión de hechos, cuando es total, conduce a que se dicte sentencia sobre el fondo de la controversia, sin que se necesite ni admitir ni actuar los medios probatorios que hayan ofrecido las partes. Hay que evidenciar que la mera admisión de hechos no equivale al allanamiento, pues este acto, como reiteradamente dicho, implica la *aceptación expresa* de la pretensión en su conjunto, mientras que la admisión está referida solo al plano fáctico, por lo que, sobre todo cuando quien admite los hechos alegados por la parte contraria es el demandado, por lo general, no se aceptan las consecuencias jurídicas que pretende el demandante de esos hechos. En estos casos se está ante una controversia que, en vista de la admisión de los hechos, es puramente jurídica.

Sin embargo, no siempre la admisión expresa de los hechos conduce a su exclusión del tema de prueba. A ello se refiere la segunda parte del inc. 2 del segundo párrafo del art. 190 del Código Procesal Civil, al establecer que, pese a la admisión, en total paralelismo con lo previsto respecto del allanamiento: “el Juez *puede* ordenar la actuación de medios probatorios *cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales*”⁹⁷. Hay que evidenciar que esta disposición no establece que el juez “deba” admitir medios de prueba sino que “puede” hacerlo. Lo que significa que en estos casos existe un cierto margen de discrecionalidad judicial.

Similar al supuesto de la *admisión expresa* de los hechos es aquel en el que la parte que tiene que tomar posición sobre las alegaciones de su contrario no lo haga. En tales casos, conforme lo dispone el inc. 2 del art. 442 CPC, el “silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica *pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados*”⁹⁸. Estamos pues ante un supuesto de admisión “tácita” derivada del silencio del demandado que ni admite ni niega. Sin embargo, el considerar “reconocido” (tal es la expresión de la ley) el hecho queda en la discrecionalidad judicial, discrecionalidad que deberá ser ejercitada en el momento de establecer cuáles medios de prueba admite y cuáles no, conforme a lo dispuesto en el art. 190 CPC. En tal línea, el hecho sobre el cual la parte contraria no ha tomado posición es el “hecho no controvertido” del inc. 1 del segundo párrafo del art. 190 CPC, que quedará excluido de la necesidad de su prueba si el juez así lo decide. El criterio para ello debería ser el mismo que para los hechos expresamente admitidos: cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales.

Otra situación similar a la admisión tácita de hechos se produce cuando se declara *rebeldé* al demandado como consecuencia de no contestar la demanda dentro del plazo correspondiente (art. 458 CPC). Conforme a las opciones del Código Procesal Civil, la declaración de rebeldía del demandado, como regla, “causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda”, es decir, que se les tenga como “ciertos”, por lo que, previo pronunciamiento sobre el saneamiento procesal y una vez firme el auto “que declara saneado el proceso” (inc. 2 del art. 473 CPC), “procederá a expedir sentencia” (art. 460 CPC). Estamos pues ante lo que antaño se llamaba “rebeldía-ficta confessio”.

⁹⁷ Cursivas agregadas.

⁹⁸ Cursivas agregadas.

Sin embargo, este efecto de la rebeldía no es absoluto, sino que solo se produce cuando no se dan las excepciones del propio art. 461 CPC, esto es cuando:

1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;
2. La pretensión *se sustente en un derecho indisponible*;
3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o
4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción⁹⁹.

Si se observan estas excepciones se puede apreciar su paralelismo con los supuestos de improcedencia del allanamiento del art. 332 CPC y de aquellos en los que la admisión expresa de hechos no implica su exclusión del tema de prueba. En particular, en todos los supuestos vistos *nunca* se producirá el efecto si se trata de “derechos indisponibles”.

Por último queda confrontar el allanamiento con la confesión como medio de prueba.

Aparentemente el Código Procesal Civil no la prevé como medio de prueba “típico”, pues en su lugar ha previsto la (neutra) “declaración de parte” (arts. 213-221 CPC). Sin embargo, el CPC puede haber eliminado la palabra “confesión” para hacer referencia al medio de prueba, pero ello no significa que se haya eliminado a la confesión como (posible) resultado de una declaración de una parte (art. 213 CPC), pues “confesar” no es otra cosa que admitir un hecho contrario al propio interés¹⁰⁰. Como el Código no establece expresamente este resultado, como obvia consecuencia, no establece cuál sea su valor probatorio, por lo que, rige el principio general del art. 197 del Código: ella será apreciada en conjunto con el resto de medios probatorios “utilizando su apreciación razonada”.

Con todo, la confesión como producto de la declaración de parte, es distinta del allanamiento y de la admisión de hechos expresa o ficta pues es un *medio de prueba*. En tal línea, mientras que el allanamiento excluye la cognición del juez sobre el objeto de la controversia y la admisión de hechos excluye que tales hechos estén necesitados

⁹⁹ Cursivas agregadas.

¹⁰⁰ El art. 160.1 del Código Procesal Penal del 2004 define así la confesión (como medio de prueba): “La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado”.

de prueba, la declaración de parte requiere que los hechos sobre los cuales se prestará la declaración integren el tema de prueba.

Sin embargo, el allanamiento, la mera admisión de hechos (expresa o ficta) y, siendo coherentes, la declaración de parte-confesión, tienen en común que son *ineficaces* en el ámbito de los derechos indisponibles.

3. Las posturas sobre el allanamiento en los procesos de divorcio por causal en el ordenamiento peruano

3.1. Doctrina

Como en la mayoría de procesos de familia, debe señalarse que la posición predominante sostiene que la formulación de un allanamiento en un proceso de divorcio es improcedente, bajo el argumento de que la disolución del vínculo matrimonial no sería de libre disposición de los cónyuges.

A continuación, se mencionarán algunos autores defensores de esta posición.

En primer lugar, se encuentra Álex Plácido, quien parte de la premisa siguiente:

La realidad del matrimonio, en cuanto comunidad de vida, depende de la voluntad de los contrayentes en cuanto a su creación y subsistencia, porque ellos pueden con su voluntad destruir esa realidad, aun cuando esa destrucción sea algo prohibido. Sin embargo, la prohibición no implica que no lo puedan destruir. *Pero la destrucción del vínculo no depende de la voluntad de los contrayentes, sino que depende de la sociedad que recoge y tiene en sí el poder de proteger esos derechos y esas obligaciones que se derivan del matrimonio.*

Esas obligaciones nacidas por la misma naturaleza del matrimonio o por disposición positiva y sus correlativos derechos no se pueden dejar a discreción de los consortes y obligaciones con relación a terceros. Por eso, *aun cuando el matrimonio se puede destruir como realidad por voluntad de los consortes, el vínculo con todas sus consecuencias no se puede destruir por voluntad de los esposos, sino que su protección depende de la sociedad en cuyo seno y bajo cuyo ordenamiento se ha contraído el matrimonio*¹⁰¹.

Sobre el allanamiento, el autor afirma lo siguiente:

El demandado puede expresamente allanarse al petitorio o reconocer la demanda si el conflicto de intereses comprende derechos disponibles. En tal virtud, *es improcedente la aceptación de la pretensión (el allanamiento) y la admisión de la veracidad de los hechos expuestos en la demanda (el reconocimiento) sobre la causal invocada de separación de cuerpos o de divorcio, por ser indisponible el estado de familia.* En cambio, es procedente el allanamiento o el reconocimiento sobre las pretensiones relativas a los derechos y obligaciones de los cónyuges o de éstos para con los hijos.

¹⁰¹ Plácido Vilcachagua (2001a:8) [cursivas nuestras].

En estos casos, debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 333 del Código Procesal Civil¹⁰².

Por tanto, la improcedencia del allanamiento del demandado en un proceso de separación de cuerpos o de divorcio (se entiende por causal) se encontraría, según el autor, en la indisponibilidad del “estado de familia”, admitiéndolo respecto de las “pretensiones relativas a los derechos y obligaciones de los cónyuges o de éstos para con los hijos”. Ilustrativo es que el autor señale que la “destrucción del vínculo”, no depende de la voluntad de las partes, sino de la “sociedad”.

En la misma posición se encuentra María Cristina Chiabra Valera, que al referirse al proceso de divorcio por causal-sanción, señala lo siguiente:

La protección social al matrimonio se refleja en el cuidado con que las reglas del divorcio han sido dispuestas. Así por un elemental principio de lógica jurídica, nadie puede basar su pretensión de divorcio amparado en hecho propio, ni es procedente la acción judicial por la causal específica de adulterio cuando el ofendido ha perdonado expresa o tácitamente al ofensor. Por iguales consideraciones, iniciado un proceso judicial por causa específica, caduca el juicio si en su transcurso se evidencia el perdón expreso o tácito.

Corresponde al juez *la defensa social del matrimonio* debiendo intentar en el acto de comparendo la reconciliación de la pareja; *no puede aceptar allanamiento* o relevo de la prueba (incluyendo la relativización del valor pleno de la declaración de parte expresa o ficta) *cuando se trate de causa específica*¹⁰³.

Por tanto, según la autora, el juez en un proceso de divorcio por causal, no sería un *tercero imparcial*, sino el “defensor social del matrimonio”, esto es, el portador del “interés social” (o sea de “todos”) al mantenimiento del vínculo matrimonial. De allí, la improcedencia no solo del allanamiento, sino cualquier de cualquier “relevo de prueba”, esto es, la exclusión del tema de prueba de los hechos admitidos por el demandado e, incluso, en sede probatoria, de la irrelevancia de la declaración de la parte demandada.

Por su lado, Hilmer Zegarra Escalante –al tratar de los supuestos de improcedencia del allanamiento por implicar un “fraude a la ley”–, pone como arquetipo, justamente, el supuesto de un proceso de divorcio por causal y lo grafica con el siguiente ejemplo:

Una pareja joven que recién ha contraído matrimonio, por sentir que no son compatibles en la vida matrimonial, luego de cuatro meses de casados y de buena fe deciden separarse, pero como sabemos el mutuo disenso requiere – como mínimo – de

¹⁰² Plácido Vilcachagua (2001a:170) [cursivas nuestras].

¹⁰³ Chiabra Valera (2013:115-116) [cursivas nuestras].

dos años de matrimonio para que proceda –art. 333 inc. 11 del C.C. -. ¿En este caso qué se puede hacer? Indudablemente, no faltará un abogado inescrupuloso que aconseje a la esposa, interponer una demanda contra su esposo, y éste al contestar la demanda se allane a ésta. ¿Qué sucede con este allanamiento? obviamente será declarado improcedente, puesto que la pretensión discutida contiene derechos indisponibles, además que nuestra legislación no reconoce la figura del divorcio por mutuo acuerdo. Es así como la figura del juez – *quien conoce el derecho* – deberá rechazar ese allanamiento, por más que el demandado – cónyuge – haya legalizado su firma conforme lo dispone el art. 330 del C.P.C.¹⁰⁴.

Por tanto, también para este autor en un divorcio por causal estaría en juego un “derecho indisponible”, por lo que el allanamiento del demandado no solo no procedería sino que configuraría un “fraude a la ley” dado que nuestro ordenamiento “no reconoce la figura del divorcio por mutuo acuerdo”¹⁰⁵.

Más atenuada es la posición de Marianella Ledesma, quien a la luz de ciertas posiciones doctrinarias españolas favorables a la procedencia del allanamiento en los procesos matrimoniales (expresadas antes de la gran reforma del divorcio español, operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, en nombre de la libertad), parece adherirse a ellas, aunque con ciertas reservas:

Hemos de reconocer, no obstante, que en algunos supuestos será difícil distinguir un allanamiento total de un consenso o mutuo acuerdo en la separación o divorcio. Por ello, en estos casos, en la medida en que el allanamiento pudiera convertir la litis en un amago de separación o divorcio consensuado, el juez deberá exigir a los cónyuges el convenio¹⁰⁶.

Desde la otra senda, Alfredo Bedoya, ya durante la vigencia de Ley N° 27495, justamente respecto de un allanamiento del demandado frente a una demanda basada en la causal de “separación de hecho”, sostiene:

[Sí] procede el reconocimiento o allanamiento en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, debido a que el acto de reconocer o allanarse a lo afirmado por el demandante sobre la separación de hecho, es una situación que se encuentra dentro de la esfera privada de las personas que están investidas con el poder para decidir casarse, así como también, el poder para decidir disolver el vínculo matrimonial cuando esta unión se despeñe por cualquier motivo en el fracaso matrimonial y evitar el mantenimiento del vínculo donde se impide la realización personal y connatural desde el punto de vista puramente humano.

¹⁰⁴ Zegarra Escalante (1999: 48) [cursivas del autor].

¹⁰⁵ Naturalmente, el autor escribió lo que escribió en 1999, cuando aún no existían las causales remedio ni tampoco el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior ante Notarios y Municipalidades.

¹⁰⁶ Ledesma Narváez (2002:89).

[Sí procede], dada la coexistencia en nuestra regulada [sic], el proceso de separación convencional, más aún si se toma en cuenta que se han ampliado las causales de divorcio, mediante ley Nro. 27495, incorporando la causal de imposibilidad de hacer vida en común y la causal de separación de hecho incluso en causa propia. “Todo ello en aplicación de la tesis del matrimonio desquiciado o dislocado, vale decir que el grado de desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado, y por ello no puede alentarse esperanza alguna de reconstrucción del hogar”. Se sustenta en la falta de interés social en mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos. En ese orden de ideas consideramos que reconocer o allanarse la causal de separación de hecho es una antítesis de lo que son los derechos indisponibles¹⁰⁷.

Como se puede apreciar, de un lado o del otro, el baricentro de la discusión está en el poder de disposición sobre el objeto de la controversia por parte del demandado, tema sobre el que se retornará en el Capítulo IV.

3.2. Jurisprudencia

Nuestra judicatura, a la par de la doctrina, ha sido (y es) reacia a aceptar el allanamiento del demandado en los procesos de divorcio por causal.

Sin embargo, según da cuenta Carmen Julia Cabello Matamala, si bien la línea jurisprudencial mayoritaria es declarar improcedente los allanamientos formulados en estos procesos, la referida improcedencia no ha sido óbice para que el allanamiento formulado por el cónyuge demandado haya sido tomada en cuenta por algunos magistrados a los efectos, no de declarar la disolución del vínculo matrimonial sino para declarar la separación de cuerpos, como si se tratara de una separación convencional.

Respecto a esta línea jurisprudencial, la autora señala:

La interpretación que asimila el allanamiento al mutuo disenso, en tanto sugiere una voluntad común de separarse, al margen de lo grave que representa procesalmente distorsionar la naturaleza de un procedimiento, adolece de otro inconveniente, dado por los caracteres del allanamiento que lo hacen un recurso no idóneo para este tipo de acciones. Por cuanto, mediante aquél, *el emplazado conviene en los hechos y el derecho alegados por el actor, reconociendo el cónyuge demandado su culpa en la ruptura*. En esa medida declarada judicialmente la separación, este se encontraría impedido de accionar la conversión, lo que no ocurre en los casos convencionales, en los que la ley no distingue responsables; apreciándose, entonces, que los alcances de ambas situaciones no son semejantes¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Bedoya (2008: 3-4) [subrayado del autor].

¹⁰⁸ Cabello Matamala (1995:372) [cursivas nuestras].

Se puede estar de acuerdo en que este proceder de los jueces no es el más acorde con el ordenamiento vigente (aunque conforme al art. 358 del Código Civil en los casos en que se haya pedido el divorcio, el juez puede declarar la separación “si parece probable que los cónyuges se reconcilien”), sin embargo, hay que rescatar ese mínimo de activismo que ha llevado a (algunos) jueces a encontrar una solución creativa, dando una cierta relevancia a la “voluntad concorde” de las partes y tratando de brindar, de alguna manera, tutela jurisdiccional a los cónyuges en crisis. Naturalmente, la declaración de separación de cuerpos, a estar a lo dispuesto en el art. 354 del Código Civil, impediría a la parte demandada pedir la conversión de la separación a divorcio, estando solo legitimado el cónyuge “inocente”.

Ahora bien, no han faltado casos en los que el allanamiento del demandado ha sido aceptado, emitiéndose la correspondiente sentencia estimatoria de la demanda de divorcio. Sin embargo, elevada en consulta, la sentencia por lo general viene anulada bajo el argumento de que el demandado “no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto pues se trata de un derecho indisponible”. Así ocurrió en la Sentencia emitida por la Sexta Sala Civil de Lima, en el Exp. N° 1370-97:

[...] la sentencia materia de consulta, fue expedida luego de que el juez diera por aceptado el allanamiento planteado por el emplazado al contestar la demanda de fojas 24, tanto sobre la pretensión principal como las accesorias.

[El] demandado no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto pues se trata de un derecho indisponible, por lo que debió declararse improcedente el allanamiento planteado ordenándose la continuación del proceso a tenor de lo establecido en los incisos 1 y 5 del art. 332 del Código Procesal Civil, emitiéndose el pronunciamiento respectivo en base a la probanza aportada¹⁰⁹.

En este caso, no se sabe cuál de las causales de divorcio fueron invocados en la demanda, pero siendo la sentencia de 1997, esto es, antes de la Ley N° 27495, sin duda, habrá sido alguna de las causales inculpatorias.

3.3. **Apreciación de conjunto**

De la reseña que precede es palpable que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia parecen estar de acuerdo en que el allanamiento en los procesos de divorcio no procede en razón de la “indisponibilidad” del vínculo matrimonial.

¹⁰⁹ Sentencia emitida en el Exp. N° 1370-97, por la Sexta Sala Civil de Lima, con fecha 14 de julio de 1997. En Ledesma Narváez (2002: 83). La sentencia está firmada por los jueces superiores Valcarcel Saldaña, Cabello Matamala y Álvarez Olazábal (ponente).

Por la misma razón, aunque no se ha hallado jurisprudencia al respecto, sería también *ineficaz* la admisión (expresa o ficta) en la contestación de la demanda de los hechos configurantes de la causal de divorcio, ni la rebeldía produciría la “presunción” del art. 461 CPC, ni, como consecuencia, sería admisible que tales hechos pudieran probarse con la declaración confesoria del demandado.

En el siguiente capítulo se expondrán las razones por las cuales se considera que este enfoque no solo es contrario al estado de nuestra actual legislación en materia de disolución del vínculo matrimonial sino a los derechos constitucionales de libertad y de libre desarrollo de la personalidad.



CAPÍTULO IV POR LA PROCEDENCIA DEL ALLANAMIENTO EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO-REMEDIO

1. Aproximación a la indisponibilidad del objeto en los procesos sobre el estado y capacidad civil de las personas

Se ha visto en el Capítulo anterior que el ordenamiento procesal peruano establece que a los efectos de la aprobación judicial del allanamiento, del desistimiento de la pretensión y de un acuerdo conciliatorio, lo allanado, desistido o conciliado debe ser “disponible”.

Ahora bien, la identificación de qué y cómo deba de entenderse la disponibilidad no está para nada claro. Tal como lo señala Hilmer Zegarra Escalante:

[...] debe tenerse en cuenta la dificultad que despierta en el campo de las definiciones el tema de los derechos indisponibles, debido a que ya casi constituye una costumbre inveterada en el legislador su inclusión en nuestros códigos, sin decirnos qué son; sin embargo consideramos que *su eficaz entendimiento es un tema de casuística, en cuyo trabajo jugará un papel importante la labor incesante de nuestros tribunales*¹¹⁰.

En esa línea, nuestra jurisprudencia parece no tener dudas de que entre lo “indisponible” estaría el vínculo matrimonial. Y ello en base a que, por implícito, las partes no podrían con su sola voluntad concorde disolver tal vínculo. Con ello se asume que una situación sería indisponible cuando mediante acuerdo entre las partes no se podría lograr *válidamente* el efecto pretendido en el proceso (expresado en el petitorio de la demanda).

¹¹⁰ Zegarra Escalante (1999: 138-139) [cursivas del autor].

Las posiciones negativas que muestran tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia frente al allanamiento en los procesos de divorcio se basa justamente en este concepto de “indisponibilidad”: “mientras el matrimonio –aunque celebrado públicamente y por tanto solemnizado frente a la entera colectividad– es (o debería ser) expresión de la sola voluntad de los cónyuges, la disolución del vínculo viene –con mayor o menor intensidad [...]– sustraído a la libertad individual para ser sometido a un penetrante control social”¹¹¹, un control que le correspondería desempeñar al juez, cual portador, justamente, del interés social a la preservación de la familia matrimonial.

1.1. El proceso de divorcio como “proceso constitutivo necesario” regido por el principio de “oficialidad”

Esta concepción del proceso de divorcio conlleva colocarlo dentro de la categoría de los *procesos constitutivos necesarios*, esto es aquellos en los que el efecto sustancial (en el caso, la disolución del vínculo matrimonial) “no se puede conseguir nunca en vía de autonomía privada a través de voluntad unilateral o bilateral, sino solo a través de la determinación judicial de la subsistencia de uno de los hechos previstos por la ley”¹¹², en donde “el proceso se presenta como elemento constitutivo indispensable y no subrogable del supuesto de hecho al cual la ley sustancial subordina el producirse de un determinado efecto”. Como decía Calamandrei estaríamos ante proceso en el que “para conseguir un determinado efecto jurídico, los interesados, aunque concordes, deben necesariamente seguir la vía judicial, en cuanto la ley prescribe que ese efecto jurídico no pueda ser logrado, no obstante las partes estén de acuerdo al pedirlo, sino a través de la sentencia del juez”¹¹³.

Bajo otra denominación, el proceso de divorcio entraría dentro de la categoría de los procesos civiles “no dispositivos”¹¹⁴, esto es aquellos en los que por la presencia, sobre todo, de un “interés público”, regiría el “principio de oficialidad”:

El principio de oficialidad es el que priva a las partes de su potestad sobre el objeto del procedimiento, de suerte que el deber oficial del juez no solo abarca la aplicación de las leyes, sino que se extiende a determinar el alcance del material de la causa. El principio de oficialidad es, pues, característico de un procedimiento cuyo objeto, incluso fuera de juicio, no queda ligado al poder

¹¹¹ Rimini (2015: 6)

¹¹² Proto Pisani (2003: 221-222). Ya en ese sentido Calamandrei (1927: 147)

¹¹³ Calamandrei (1927: 139).

¹¹⁴ Como se le llama en España: González García (2004: 164).

dispositivo de las partes. En cuanto domina dicho principio, puede atribuirse al juicio civil el carácter de un procedimiento oficial semejante al proceso penal, como ocurre (según el derecho alemán¹¹⁵) en pleitos matrimoniales, asuntos de tutela, procedimientos de filiación y los tendientes a la cancelación de las declaraciones de muerte¹¹⁶.

Dicho en más claras palabras, el proceso de divorcio –al igual que otros procesos en materia de estado y capacidad civil de las personas (interdicción, nulidad de matrimonio, impugnación de la paternidad o maternidad, filiación)– sería un proceso civil “inquisitivo”¹¹⁷, esto es un proceso cuya estructura “por lo que atañe a la relación entre iniciativa de las partes y la del juez, se evidencia bastante semejante, sino incluso idéntica a la del proceso penal”¹¹⁸, en cuanto, no teniendo las partes el poder de disponer el objeto del proceso, sus comportamientos procesales *dispositivos* serían irrelevantes para la decisión del juez.

Como decía, justamente, en su tiempo Chiovenda, al tratar de los casos en los que la confesión de los hechos no tiene efecto “vinculativo” para el juez:

Este límite al poder del juez desaparece, sin embargo, siempre que el Estado no puede desinteresarse de las consecuencias que tendría en el caso concreto el carácter vinculativo para el juez de una confesión que no respondiese a la verdad. En estos casos, en lugar del principio *dispositivo*, se aplica el principio *inquisitivo*; porque no puede tener vigencia el principio de que las partes son responsables del daño que a sí mismas se causen, allí donde el daño recaería sobre la sociedad y el Estado. Así ocurre en el proceso penal: es interés del Estado castigar al acusado, sólo si el delito realmente ha sido cometido, y cometido por él; la confesión del acusado, por lo tanto, no tiene efecto vinculatorio para el juez. Así ocurre en el proceso civil cuando se trate de causas de importancia social (anulación de matrimonio, impugnación de la legitimidad de un hijo, interdicción y semejantes). Algunas leyes, como la alemana y la austriaca, han puesto expresamente este límite a la eficacia de la confesión, y también alguna norma de la Ley italiana es explícita como en el artículo 165 del Código Civil, en la cuestión de la impugnación de la paternidad; pero se trata aquí de un principio general, que no tiene por qué ser expreso. Si por ejemplo, el cónyuge confiesa su impotencia ello no basta para que el juez *deba* pronunciar la

¹¹⁵ En efecto, disponía el § 617 de la Ordenanza Procesal (ZPO) alemana respecto de los procesos matrimoniales: “**Restricción al poder de parte.** Las disposiciones acerca del efecto de un reconocimiento, acerca de las consecuencias de la declaración que mantenga o rechace hechos o acerca de la autenticidad de documentos, las disposiciones acerca de la renuncia de la parte a la prestación de juramento por la parte contraria o por testigos y peritos, y las disposiciones acerca del efecto de una confesión judicial, no resultan aplicables”.

¹¹⁶ Así Millar (1945: 68) citando (críticamente) a Kleinfeller.

¹¹⁷ Calamandrei (1927: 134).

¹¹⁸ Calamandrei (1927: 134).

nulidad del matrimonio (Cód. Civ., art. 107); la existencia de un matrimonio no puede depender de la mentira posible de los cónyuges. Otro tanto hay que decir de una confesión que tendiese a hacer pasar por existente un matrimonio inexistente¹¹⁹.

Por tanto, en las “causas de importancia social” (como lo serían las controversias sobre el estado y capacidad de las personas, y entre ellas las matrimoniales), frente a la posibilidad de la “mentira” de las partes, los comportamientos dispositivos de las partes no vincularían al juez pues caso contrario el daño recaería no sobre las partes sino “sobre la sociedad y el Estado”.

1.2. Característica esencial de los procesos civiles “inquisitivos”: la indisponibilidad “desigual”

Ahora bien, como el propio Chiovenda precisaba, la confesión de los hechos en los procesos relativos al estado y capacidad de las personas no es que pierda todo valor:

El Estado puede tener interés en que un estado jurídico válido (matrimonio) no sea declarado nulo; pero puede serle indiferente que un estado jurídico anulable o modificable sea convalidado, o puede tener interés en que sea convalidado. Si, por ejemplo, el cónyuge demandado en un proceso de [separación personal¹²⁰] excepciona que ha habido reconciliación, y el cónyuge actor confiesa que la hubo, la demanda será rechazada sin más (Cód. civ., art. 153). Igualmente, en la acción de nulidad de matrimonio, si ha sido confesada la ratificación celebrada o el hecho de la cohabitación (arts. 109 y 106, Cód. civ.)¹²¹.

Calamandrei, sobre las huellas de Chiovenda, con un discurso mucho más general sobre las características del proceso civil “inquisitivo”, sostuvo que la identidad entre la estructura del proceso penal y proceso civil inquisitivo era solo “parcial”, pues mientras en el proceso penal el principio inquisitivo funcionaría “plenamente en todas las direcciones, en el proceso civil inquisitorio funciona a medias, en una dirección sola, dejando que en lo demás sobreviva el principio dispositivo”¹²². Así mientras en el proceso penal la *indisponibilidad* del objeto del proceso funciona en *ambas direcciones*, esto es, tanto respecto del acusador como del imputado, en el sentido de que:

No solo es jurídicamente irrelevante a los fines de la sentencia penal la declaración del imputado de someterse espontáneamente a la pena, sino también la renuncia a la acción hecha por el ministerio público; y todas las formas de

¹¹⁹ Chiovenda (1954: 71-72) [cursivas del autor].

¹²⁰ En el texto traducido dice “divorcio”, pero el divorcio no existía en esa época en Italia, por tanto, se trata de una “licencia” del traductor.

¹²¹ Chiovenda (1954: 72). Las citas de los artículos corresponden al Código Civil italiano de 1865.

¹²² Calamandrei (1927: 164-165).

prueba legal o determinaciones basadas en la inactividad de las partes y en la consecuente preclusión de cualquier investigación (al tipo de la *ficta confessio* del proceso civil) están proscritas en el proceso penal no solo cuando ellas podrían servir para condenar al imputado, sino también cuando podrían servir para absolverlo¹²³.

En cambio, en los procesos civiles inquisitivos:

[...] la mayor libertad de iniciativa que el principio inquisitivo consiente al juez para el descubrimiento de la verdad y ese contemporáneo repudio de todos los medios de prueba que directa o indirectamente implicarían un poder de disposición de las partes sobre el material de litis, constituyen un presupuesto indispensable de la decisión, solamente cuando esta estime la demanda del actor y provoque la mutación jurídica que este se proponía lograr: por el contrario, si la sentencia es de desestimación y determine con ella la inexistencia del derecho a la mutación jurídica pedida, para llegar a este resultado negativo *podrá y deberá servirse* de todos los medios probatorios que son consentidos en el proceso ordinario y moverse sin desviaciones dentro del estrecho sendero del principio dispositivo¹²⁴.

En pocas palabras, la esencia de los procesos sobre el estado y capacidad de las personas sería que mientras “el reconocimiento de la acción por parte del demandado queda jurídicamente irrelevante, en cambio, sea admisible y plenamente eficaz, como en el proceso civil ordinario, la renuncia a la acción hecha por el actor”¹²⁵.

Es decir, en los procesos civiles inquisitivos estaríamos ante una indisponibilidad del objeto “desigual”: indisponible para el demandado, disponible para el demandante. Y ello porque en “el proceso civil inquisitivo están [...] en cuestión ciertos estados o ciertas relaciones jurídicas cuya permanencia tiene tanta importancia social como para considerar menos peligroso para el bien de la colectividad su mantenimiento”¹²⁶.

Esta indisponibilidad “desigual” tal como individualizada por Calamandrei es claramente apreciable en nuestro ordenamiento. Así: si en un proceso de interdicción, el demandado se allanara la pretensión de declaración de incapacidad, ese allanamiento sería, sin duda alguna, declarado improcedente en cuanto se consideraría que *su* capacidad de ejercicio no es disponible; mientras que ningún juez dudaría en aprobar el desistimiento de la pretensión del demandante. De igual manera, si en un proceso de

¹²³ Calamandrei (1927: 166).

¹²⁴ Calamandrei (1927: 167).

¹²⁵ Calamandrei (1927: 167).

¹²⁶ Calamandrei (1927: 169).

impugnación de paternidad matrimonial los demandados (madre e hijo) se allanaran el juez no dudaría en desaprobar ese allanamiento¹²⁷, mientras que si el demandante se desistiera de su pretensión ese desistimiento, sin duda, sería aprobado. Y así se podría continuar.

A la inversa, en un proceso de filiación extramatrimonial, nadie dudaría (o debería dudar) que el demandado podría allanarse a la demanda, reconociendo así su paternidad¹²⁸, vinculando así al juez a dictar una sentencia estimatoria, pero sí existiría duda en aprobar un desistimiento de la pretensión si es que la demanda hubiera sido presentada en representación del que pretende ser declarado hijo (aunque no debería haber duda de su procedencia, si el demandante es el propio hijo).

La indisponibilidad “desigual” es claramente apreciable en el caso de los procesos de divorcio fundado en cualquiera de las causales específicas del art. 333 del Código Civil, pues así como se niega la procedencia del allanamiento, nadie pondría en discusión, en nombre de la indisponibilidad del vínculo matrimonial, el desistimiento del demandante de su pretensión de divorcio. Es más, si durante el proceso ambos cónyuges se reconcilian, conforme al art. 356 del Código Civil “el juez mandará cortar el proceso”. En esa misma línea, el demandante tiene la posibilidad “en cualquier estado del proceso”, de variar su demanda de divorcio “convirtiéndola en una de separación” (art. 357 del Código Civil), pero no ciertamente al revés.

Todo ello, revela el *relativismo* de la “indisponibilidad” en los procesos sobre el estado y capacidad civil de las personas. Como diría Calamandrei: plenamente dispositivo para el demandante; inquisitivo para el demandado (y, pocas veces, a la inversa).

¹²⁷ Cuando se estaba en revisión de la presente tesis, por Decreto Legislativo N° 1377 (publicado el 24 de agosto de 2018), dispositivo que modifica varios artículos del Código Civil, alterando sustancialmente lo indicado en el texto, pues conforme al nuevo art. 361, “El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, *salvo que la madre declare expresamente lo contrario*”. Por tanto, la presunción de paternidad, que antes solo podía ser destruida con el proceso judicial de impugnación de paternidad promovida por el marido, hoy puede ser destruida por una simple declaración *extrajudicial* de la madre, por lo que, a mayor razón lo será si es que ello ocurre en un proceso impugnatorio de la paternidad matrimonial.

¹²⁸ Por lo demás ahora *expresamente* admitido en el proceso especial de paternidad extramatrimonial (Ley N° 28457), pues en virtud de la Ley N° 30628, del 3 de agosto de 2017, se incorpora la posibilidad de que el demandado pueda allanarse a la demanda, incluso hasta antes de la realización de la prueba biológica de ADN.

1.3. La ejemplar “sentencia conformada” penal

Como se ha visto, los procesos civiles sobre el estado y capacidad civil de las personas vienen equiparados, por lo que atañe a los comportamientos (directa o indirectamente) *dispositivos* del demandado, a los de un imputado penal, pues como decía Chiovenda (en su tiempo) “es interés del Estado castigar al acusado, sólo si el delito realmente ha sido cometido, y cometido por él”¹²⁹. Que es como decir que la presunción de inocencia sería “indisponible” para el acusado penal.

¿Este es el estado de nuestra legislación procesal penal? La respuesta es abiertamente negativa, desde que con el art. 5 de la Ley N° 28122 (del 16 de diciembre de 2003) se introdujo la figura de la “sentencia conformada” acogiendo, como consecuencia, la posibilidad de que el acusado “confiese” la autoría o participación en el delito que se le imputa, tras lo cual se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia *conformada* respectiva.

Tal como se estableció en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, adoptado en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, del 18 de julio del 2008:

El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, [...]-. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa -de doble garantía-, *que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada* –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra¹³⁰.

¹²⁹ Chiovenda (1954: 71-72).

¹³⁰ Fundamento 8 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 [cursivas agregadas].

Esta “aceptación” de culpabilidad del acusado, en el momento inicial del juicio oral, no es sino un *allanamiento* que como tal conduce a una sentencia condenatoria.

Esta sentencia, como sigue diciendo el Acuerdo Plenario indicado:

[...] no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, *sino además porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción*. Se da en este caso una “predeterminación de la sentencia”¹³¹.

La figura de la sentencia conformada está incorporada al art. 372 del Código Procesal Penal de 2004, artículo que establece:

1. El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o participe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil.

2. *Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio*. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

[...]

5. *La sentencia de conformidad, prevista en el numeral 2) de este artículo, se dictará aceptando los términos del acuerdo*. No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado, el Juez estima que no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúa la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos en que proceda. No vincula al Juez Penal la conformidad sobre el monto de la reparación civil, siempre que exista actor civil constituido en autos y hubiera observado expresamente la cuantía fijada por el Fiscal o que ha sido objeto de conformidad. En este caso, el Juez Penal podrá fijar el monto que corresponde si su imposición resultare posible o, en todo caso, diferir su determinación con la sentencia que ponga fin al juicio.

Por tanto, si en el proceso penal actual, en donde está en juego un bien individual y socialmente tan valioso como la libertad, el allanamiento es aceptado: ¿se puede seguir repitiendo que la “sociedad” y el Estado están tan interesados en mantener en vigencia un matrimonio como para considerar improcedente el allanamiento del demandado en un proceso de divorcio por causal? ¿Se puede considerar que la

¹³¹ Fundamento 9 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 [cursivas agregadas].

presunción de inocencia es “disponible” por su beneficiario, mientras que el “vínculo matrimonial” no lo sería?

2. El anacronismo de la “indisponibilidad” del vínculo conyugal

Es que la “indisponibilidad” del vínculo matrimonial por parte de los cónyuges es un simple anacronismo, un rezago de valores sociales ya superados en la realidad, valores estos que llevaban a concebir *verticalmente*, esto es desde las alturas de la ley, al matrimonio como la *única* fuente *legítima* de familia y que, como tal, debía ser preservado aún contra la voluntad concorde de los cónyuges.

Sin embargo, la centralidad de la familia matrimonial ha ido paulatinamente cediendo frente a otras agregaciones familiares existentes en la sociedad.

Es así que, tímidamente, nuestro ordenamiento ha ido reconociendo, primero, con la Constitución de 1979, la igualdad de los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales –lo que llevó a expulsar la infamante “etiqueta” legal de hijo legítimo e ilegítimo– en particular la igualdad en cuanto a los derechos sucesorios y el paralelo reconocimiento jurídico (aunque sea en su aspecto patrimonial) de la “unión de hecho” entre “un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial” como fuente *legítima* de una familia, hasta llegar a la Ley N° 30007 (del 17 de abril de 2013) por la que se reconoce derechos sucesorios “a favor de los miembros de uniones de hecho”.

La propia imprecisa introducción de las causales de divorcio remediales en el año 2001 –causales que, como se ha visto en el Capítulo II, han sido tan mal entendidas por nuestra jurisprudencia– y, sobre todo, la posibilidad, prevista en Ley N° 29227 del 2008, de que los cónyuges logren *extrajudicialmente* la disolución del vínculo, revelan una línea de tendencia legislativa de considerar que el divorcio es una *solución* a una crisis y no la respuesta represiva frente a una infracción de los “deberes” conyugales.

Si partimos de la premisa de que el matrimonio lo que genera es una comunidad de vida material y espiritual entre los cónyuges fundada en el afecto recíproco, los tiempos están ya maduros para que se internalice, como señala Mario Grondona, que “la materia matrimonial debería ser el ejemplo de la disponibilidad, porque la intervención jurídica puede solo ofrecer una vía de salida (lo más posible rápida) a esa mutación no tanto de sentimiento sino de aceptación existencial del otro/a”¹³².

¹³² Grondona (2016: 36).

En tal línea, si bien nuestra Constitución, en su art. 4, señala que la comunidad y el Estado “protegen a la familia y promueven el matrimonio”, tal “promoción” no puede llegar al mantenimiento *forzado* un vínculo matrimonial que en la realidad ha perdido ya todo fundamento, que es, como se ha visto en el Capítulo II, la tendencia de nuestra jurisprudencia respecto de las causales de imposibilidad de hacer vida en común y de separación de hecho.

Tal como lo señala Marisol Fernández Revoredo:

Es esencial en toda sociedad democrática el respeto a los derechos humanos y uno de los principios que los fundamentan es el de la llamada autonomía individual, que no es otra cosa que la consideración de que todo ser humano es libre de realizar el plan de vida que desee. *Nosotros ubicamos la decisión de elegir a una pareja para contraer matrimonio dentro del campo de la autonomía individual. Pero también ubicamos dentro de ese principio, a la decisión individual de romper con dicho vínculo.*

La protección de la familia no se logra con la restricción al divorcio. Pensar que porque a toda costa se mantiene un vínculo matrimonial la familia será armónica, nos parece una ingenuidad. Las investigaciones, por ejemplo, en materia de violencia familiar, revelan que la familia y el hogar suelen ser en muchos casos espacios inseguros, de violación a los derechos fundamentales y que dan origen a las llamadas familias disfuncionales, cuyos hijos de adultos y cuando formen una familia, pueden incurrir en los mismos patrones de conducta que sus padres. En consecuencia, debemos tener una visión menos idealizada y más real de la familia¹³³.

El propio Tribunal Constitucional, en el ya lejano 1997, al declarar la inconstitucionalidad (en parte) del art. 337 del Código Civil¹³⁴, esto es aquel en el que se establecía que la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa como causales de

¹³³ Fernández Revoredo (2001: 5) [cursivas nuestras].

¹³⁴ Sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo, en contra del art. 337 del Código Civil, Exp. N° 018-96-I/TC, de fecha 29 de abril de 1997. En esta sentencia se declara la inconstitucionalidad del art. 337 del Código Civil, “en la medida que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda derogada; e infundada la demanda en lo referente a la injuria grave, disposición que queda vigente. El artículo 337° del Código Civil, en consecuencia, se entenderá referido en adelante exclusivamente a la causal de injuria grave”. Nótese que se deja subsistente en cuanto a la “injuria grave”: “el Tribunal opina que la gravedad de la injuria para convertir a ésta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja. El juez deberá investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor interno del demandante y que, en consecuencia, *no estaba acostumbrado a tal hecho o si, al contrario, estaba acostumbrado a perdonarlo, o a consentirlo*, de manera que no constituye, para ese individuo en particular, una injuria grave, capaz de ocasionar la separación de cuerpos o el divorcio” [cursivas agregadas].

separación de cuerpos (léase, de divorcio) debían ser apreciadas por el Juez “teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges”, precisó que:

El Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano.

En buena cuenta, con esa sentencia el Tribunal Constitucional reconoció que “ante la colisión entre la finalidad de promover el matrimonio y los derechos fundamentales de las personas, estos tienen un mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio”¹³⁵.

Con todo, el dato decisivo que hace anacrónica la concepción de la indisponibilidad del vínculo matrimonial lo proporciona el propio derecho positivo: la Ley N° 29227 en virtud de la cual los cónyuges, tras haber transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio, pueden lograr, a través del procedimiento previsto por la ley, la disolución extrajudicial del vínculo matrimonial.

Si tiene en cuenta este dato, no se puede seguir repitiendo que “la destrucción del vínculo no depende de la voluntad de los contrayentes, sino que depende de la sociedad que recoge y tiene en sí el poder de proteger esos derechos y esas obligaciones que se derivan del matrimonio”¹³⁶. De hecho, desde la vigencia de la Ley N° 29227 no solo el vínculo matrimonial es “destruible” por la voluntad concorde entre los cónyuges, sino que *todos* los derechos y *todas* las obligaciones derivadas del matrimonio *pueden ser objeto de acuerdo entre las partes*, pues para acceder a la disolución extrajudicial del matrimonio se exige que ya esté previamente “arreglada” la situación patrimonial entre los cónyuges y, cuando se tengan “hijos menores o con discapacidad”, tengan resuelto (ya sea por resolución judicial o, hay que evidenciar, por conciliación extrajudicial) todo lo atinente a los regímenes del ejercicio de la patria potestad, de alimentos, de tenencia y del régimen de visitas de aquellos.

Por tanto, a la luz de este dato del propio derecho positivo no es posible seguir repitiendo que el vínculo matrimonial es “indisponible”. En tal línea, sostener hoy la indisponibilidad resulta un simple anacronismo producto del viejo sesgo ideológico-

¹³⁵ Fernández Revoredo (2002: 121).

¹³⁶ Plácido Vilcachagua (2001a:8).

cultural subyacente a la concepción, más que superada, de la indisolubilidad del matrimonio.

3. El allanamiento en los procesos de divorcio-remediales: escenarios

3.1. La inequívoca procedencia del allanamiento tras los dos años la celebración del matrimonio

Ahora bien, si se tiene presente que desde la vigencia de la Ley N° 29227 el propio Estado ha reconocido a los cónyuges el *derecho* de disolver *su* vínculo matrimonial extrajudicialmente, ello no puede sino significar que en nuestro ordenamiento, cuando objetivamente hayan transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio, el proceso de divorcio *ha dejado de ser* un proceso constitutivo “necesario”. Si esto es así, como es indudable que lo es, debe considerarse desmoronada la “característica” esencial de los procesos constitutivos necesarios: la *ineficacia* de los actos dispositivos de la parte demandada, esto es, del allanamiento, de la admisión de los hechos alegados por la parte demandante (a los efectos de su exclusión del tema de prueba) y de la declaración confesoria en sede de actuación probatoria.

En tal línea, cuando hayan transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio, si los cónyuges no logran *todos* los acuerdos previos que son necesarios conforme a la Ley N° 29227 para poder acceder al procedimiento extrajudicial de disolución –al igual que en *cualquier* otra controversia que no logre resolverse por autocomposición– el cónyuge interesado en el divorcio se verá precisado a acudir al proceso enderezado a la declaración de disolución, echando mano a cualquiera de las causales previstas por la ley civil.

En este escenario, frente a una crisis matrimonial que no logra autocomponerse, el propio ordenamiento le brinda al cónyuge interesado en el divorcio las causales “remediales” analizadas en el Capítulo II: la de imposibilidad de hacer vida en común y la de separación de hecho.

Respecto de la última, de suyo se da el presupuesto que hace del vínculo matrimonial disponible: el que hayan transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio, pues los “hechos” que la configuran son la separación de hecho “ininterrumpida” por dos años si los cónyuges no tienen hijos menores o de cuatro de tenerlos.

Es así que frente a la demanda de divorcio por separación de hecho, podrían presentarse los siguientes escenarios:

- i. De no haber hijos menores:
 - a) Si solo se ha planteado la pretensión de divorcio y la parte demandada se allana a ella, nada debería impedir la aprobación del allanamiento, pues se está ya en una “zona” de disponibilidad, en cuanto los cónyuges, de haberse puesto de acuerdo previamente, habrían podido llegar a cualquiera de dos procedimientos de “separación convencional” previstos por la ley (el judicial del CPC o el no contencioso).
 - b) De haberse planteado junto con la pretensión de divorcio la pretensión indemnizatoria del segundo párrafo del art. 345-A del Código Civil, el demandado podría allanarse a ambas o solo a la de divorcio. En este último caso, nada debería impedir la aprobación del allanamiento (por la razón arriba indicada), prosiguiéndose la discusión procesal sobre la pretensión indemnizatoria. Igual situación se presentaría cuando se haya demandado únicamente la pretensión de divorcio y sea la parte demandada quien reconviniera la indemnización del segundo párrafo del art. 345-A del Código Civil, allanándose solo a la pretensión de divorcio.
 - c) De haberse planteado junto con la pretensión de divorcio la de “separación de bienes gananciales, la parte demandada podría allanarse a ambas o solo a la de divorcio, con idénticas consecuencias que en el caso anterior.
- ii. De haber hijos menores, conforme a lo dispuesto en el art. 483 del Código Procesal Civil, a la demanda de divorcio la parte demandante *tiene necesariamente* que acumular “las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad”. Frente a ello, la parte demandada podría allanarse a todas las pretensiones o solo a la de divorcio. En este último caso, nada debería impedir la aprobación del allanamiento, prosiguiéndose la discusión procesal sobre las pretensiones resistidas por la parte demandada, procurando, ciertamente, el juez proteger el interés superior de los menores.

Ahora bien, se podrá decir que en estos escenarios, si se aprobara el allanamiento de la parte demandada, se podría estar avalando una “mentira”, esto es, que en la “realidad” los cónyuges o no están separados o lo están por un plazo menor, configurándose así una suerte de “fraude a la ley”. Sin embargo, si se tiene presente que los cónyuges habrían podido llegar a lo mismo por una vía menos tormentosa que la judicial, no se ve la razón por la cual, frente a una demanda de divorcio por separación de hecho, la aceptación del demandado de la pretensión de divorcio deba ser vista como “fraudulenta”.

Lo propio debería ocurrir respecto de la causal de imposibilidad de hacer vida en común, pues si uno de los cónyuges demandara el divorcio fundándose en ella y la parte demandada se allanara, ¿cuál sería la razón para desaprobado el allanamiento si los propios cónyuges habrían podido resolver su situación en vía extrajudicial? ¿Podría siquiera pensarse que pudiendo los cónyuges, sin expresión de causa, llegar a la disolución del vínculo de manera extrajudicial, intentarían hacer un “fraude a la ley” a través del proceso?

En casos así es evidente que el recurso al proceso de divorcio obedece o a la falta de acuerdo previo sobre algún punto de la situación familiar (sobre, por ejemplo, cómo liquidar la sociedad de gananciales o sobre el régimen de patria potestad o de visitas de los hijos, etc.) o a una crisis de pareja tan profunda que no pueden siquiera iniciar una “tratativa” para llegar a un acuerdo. Por ello, una vez iniciado el proceso si la parte demandada se allanara en lugar de resistir: ¿qué valores “superiores” se estarían protegiendo de desaprobarse el allanamiento? Es evidente, al estado de la evolución de la sociedad, que el mantenimiento de un vínculo matrimonial “a toda costa” pertenece ya al pretérito, por lo que al órgano judicial le corresponde hallar la vía menos tormentosa para la salida de la crisis, para el bien de los cónyuges, de los hijos y de la propia sociedad.

3.2. La procedencia del allanamiento antes de los dos años de la celebración del matrimonio

Más complejo es el escenario en el que aún no hayan transcurrido los dos años de la celebración del matrimonio, pues los cónyuges todavía no han adquirido el derecho de disolver extrajudicialmente su vínculo.

En estos casos, de presentarse la crisis en la pareja, el cónyuge interesado en el divorcio o espera pacientemente que se venzan los dos años desde la celebración del matrimonio para intentar llegar a un acuerdo con su consorte o demanda ya el divorcio fundándose en la (remedial) imposibilidad de hacer vida en común. En este último escenario, ¿sería procedente el allanamiento del demandado?

Si se tiene presente la lógica que subyace al divorcio como remedio frente al fracaso de la vida conyugal, nada debería impedir la aprobación del allanamiento, en cuanto el propio cónyuge demandado con este acto acepta el fracaso, que la convivencia como pareja ya no es factible, que las cosas ya no van más como pareja, que el *affectio maritalis* se acabó, por lo que el divorcio es inevitable y es lo más beneficioso para ambos.

En este escenario, aceptar que el juez declare la disolución del vínculo matrimonial en virtud del allanamiento del cónyuge demandado, esto es, sin entrar al análisis de los hechos y la actuación de las pruebas que pudieran haberse ofrecido, solo plasma el deseo del cónyuge demandado de culminar lo más pronto posible con esa etapa – se quiera o no – muy dolorosa de fracaso personal y social.

Negar que sólo porque no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio el allanamiento no proceda, es soslayar que si ya de por si es duro asumir que uno se equivocó en una decisión tan trascendental como es la elección de la persona con la que uno decidió compartir su vida, ver a su costado todas las mañanas, tener y criar hijos, etc., es contrario a los principios constitucionales de libertad y del libre desarrollo de la personalidad, pues se está impidiendo a una pareja que ya ha perdido el afecto recíproco pueda encontrar una solución pacífica a su crisis y, por el contrario, se constriñe a los cónyuges a litigar y, como tal, a acrecentar la ya deteriorada relación existente entre ellos.

Ciertamente, existe el riesgo de que el allanamiento en un proceso de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común pueda utilizarse como un “artificio” de los cónyuges para obtener la disolución del vínculo antes de que se venzan los dos años desde la celebración del matrimonio.

Sin embargo, sostener que no debe permitirse el allanamiento en este tipo de procesos por este motivo, es decir, porque con ello se permitiría que las personas pudieran hacer mal uso, no parece que sea una argumento convincente, pues lo que

ocurre generalmente es que las nupcias se contraen por amor pero durante la convivencia los cónyuges se dan cuenta que no funcionan como pareja, que el amor no es suficiente o que se ha acabado. En esta situación, el Estado no tendría por qué imponer un tiempo mínimo de duración para la relación matrimonial para habilitar su disolución judicial.

4. Por la protección de los matrimonios “sanos”

La Constitución peruana, como se ha reiteradamente indicado en el presente trabajo, promueve el matrimonio. Pero, ¿cuál es el tipo de matrimonio que debe de protegerse? La respuesta a esta interrogante no puede ser otra que la del matrimonio sólido, sano.

Con este tipo de matrimonio, se quiere hacer referencia a aquel matrimonio constituido por una pareja que con los buenos y malos momentos que puede tener toda relación amorosa, ha superado (y está dispuesta a continuar haciéndolo) los impases que pueden presentarse, priorizando y manteniendo el deseo de seguir viviendo junta.

El compartir el día a día con otra persona no es sencillo y en la superación de las diferencias surgen muchos factores que van a determinar si la reconciliación entre los esposos puede y sobre todo si debe darse.

Se trata de una cuestión empapada de subjetividad y de múltiples variantes, pues a la gravedad de un mismo problema debe adicionarse los caracteres de cada individuo que conforma la pareja. Con ello, lo que se quiere es hacer hincapié en el hecho que cada individuo y cada matrimonio reaccionará de forma distinta ante determinado problema pues la personalidad y sensibilidad de cada quien es diferente.

Así las cosas, no puede cerrarse los ojos y pretender mantener a toda costa situaciones familiares llenas de frustración, matrimonios que solo existen en un papel, generando consecuencias contraproducentes para todos los integrantes de la familia.

El Estado no puede “obligar” a la pareja a mantenerse unida, cuando una serie de acontecimientos han hecho que la convivencia entre ellos se torne insufrible.

Aquí se considera que, es más saludable y beneficioso para la sociedad permitir a esos individuos rehacer, redireccionar sus proyectos de vida. El ordenamiento jurídico no puede decirles que si se equivocaron en optar por lo que creían les otorgaría

felicidad, deberán vivir padeciendo esa equivocación, como si se tratara de una condena.

Por estos motivos, el sistema reclama jueces de familia consientes del rol activo que deberán tomar para el desarrollo y solución de cada una de las causas a las que se avoquen.

Hay que tener presente que, la concepción del Estado Legislativo, en el cual la ley era la base de todo el ordenamiento jurídico culminó. Dentro de un Estado Constitucional, en cual todo magistrado tiene la labor de aplicar la correcta interpretación que se haga de la ley, un juez de familia deberá dejar de lado la aplicación literal y el privilegio a los formalismos para dar pase a la solución más justa para el caso en concreto.

En nuestros días ya no se concibe la posibilidad de que el legislador pueda imponer modelos y formas de vida, obstruyendo la libre determinación, elección y materialización de los planes de cada quien. Ello es contrario a las directrices del Estado de Constitucional Derecho y del derecho de familia contemporáneo que ha ido paulatinamente perdiendo su carácter publicístico-estatalista reconociendo, paso a paso, la preponderancia de la autonomía privada de los cónyuges.

La familia de hoy se identifica cada vez menos con lazos de orden legal para asumir preponderancia el elemento afectivo. Si por los motivos que fueren, el amor que impulso la unión ya no existe, o existe pero ya no es posible la convivencia, el divorcio - dependiendo el caso en concreto - puede constituirse como la solución idónea que evite y/o acabe con las crisis familiares que pudieran generarse porque el proyecto de vida con esa persona no funcionó.

Ello no significa en absoluto que el matrimonio sea una institución que deba tomarse a la ligera, sino simplemente reconocer que, como toda opción de vida, debe poder ser cambiada cuando ella haya fracasado.

La protección y promoción del matrimonio, pues, no puede hacerse a costa de sacrificar la dignidad humana y la libertad, que son las piedras angulares de nuestra sociedad y de nuestro Estado.

Bien señala Enrique Varsi Rospigliosi¹³⁷:

Persona, familia y sociedad es la triada de un Estado. Protegiendo a la persona como sujeto de derecho, a la familia como cédula básica y a la sociedad como agrupación natural, basada en la cooperación, el Derecho logra la paz social la justicia y la equidad.

Los cambios en las estructuras sociales y en el comportamiento de los individuos implica que el Derecho reformule sus normas para satisfacer los intereses individuales y colectivos. El remozamiento del ordenamiento jurídico de acuerdo a las nuevas tendencias sociales es necesario. Todo en la familia está variando: el régimen patrimonial, la filiación, las instituciones de amparo, el matrimonio y sus formas de debilitamiento y disolución.

El establecimiento de una familia, a través del matrimonio, y el decaimiento o extinción de la misma, por medio del divorcio, siempre será un tema controvertido y de interés. Lo delicado y hasta aventurado es buscar mecanismos de interrelación entre ambas figuras jurídicas. Un estudio teórico sólo puede llegar a aportar aproximaciones de solución: nunca concluirá con el tema.



¹³⁷

Varsi Rospigliosi (2004:80-81).

CONCLUSIONES

PRIMERA: En la actualidad se encuentra vigente el Estado Constitucional de Derecho cuyo eje es el respeto a la dignidad de la persona humana y la protección de sus derechos fundamentales de libertad y de libre desarrollo de la personalidad, por lo que el matrimonio, que la propia Constitución reconoce como fuente de esa unidad social básica que es la familia, debe ser protegido y promovido en cuanto contribuya al logro de la realización material y espiritual de cada uno de los componentes de la familia.

SEGUNDA: En un Estado Constitucional de Derecho el Estado no puede constreñir a los cónyuges que hayan fracasado en su matrimonio a permanecer vinculados en aras de proteger un abstracto “interés superior” de la familia, por lo que debe articular mecanismos que faciliten la salida de la crisis de la manera menos traumática posible.

TERCERA: El ordenamiento peruano ha pasado de la indisolubilidad del matrimonio establecida en el Código Civil de 1852 hasta llegar a la posibilidad de su disolución extrajudicial concordada entre los cónyuges con la Ley N° 29227 del 2008, pasando por la introducción de causales de divorcio-remedio en el año 2001 basadas en la separación de hecho y en la imposibilidad de hacer vida en común.

CUARTA: Cuando un ordenamiento prevé la posibilidad de que de manera concordada los cónyuges puedan acceder a la disolución de su vínculo matrimonial de manera extrajudicial no puede ya sostenerse válidamente que el vínculo

CONCLUSIONES

matrimonial sea “indisponible” por lo que para obtener su disolución resultaría necesaria la intervención judicial que constate la existencia de alguna de las causales de divorcio establecidas en la ley.

QUINTA: El allanamiento es un acto del demandado por el cual acepta la pretensión dirigida en su contra, lo que determina, si viene aprobado por el juez, que se dicte sentencia conforme a la demanda. La aceptación que conlleva el allanamiento lo es respecto de todos los elementos objetivos de la pretensión, esto es el petitorio y su causa de pedir.

SEXTA: Para que un allanamiento proceda se requiere que lo allanado sea disponible, razón por la cual la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia considera que en los procesos de divorcio no procede el allanamiento de la parte demandada.

SÉPTIMA: Cuando un sistema jurídico no solo prevé la posibilidad de que los cónyuges de manera concordada puedan disolver extrajudicialmente su vínculo matrimonial sino, por la falta de acuerdo, de un proceso de divorcio enderezado a remediar el fracaso matrimonial, es insostenible que el allanamiento del demandado sea improcedente, bajo el superado argumento de la “indisponibilidad” del vínculo matrimonial.

OCTAVA: A la luz de los principios constitucionales de protección de la dignidad humana, de libertad y de libre desarrollo de la personalidad, cuando en los procesos de divorcio por causales remediales se produzca el allanamiento del demandado, no debería ponerse obstáculos a su eficacia, brindando a los cónyuges en crisis una salida de su situación lo menos traumática posible, para el bien no solo de los cónyuges, sino también, de haberlos, de los hijos menores que no tienen por qué padecer por los enfrentamientos de sus padres.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

AGUILAR LLANOS, Benjamín

2016 *Tratado de derecho de familia*. Lima. Grupo Editorial Lex & Iuris.

2013 «Imposibilidad de vida en común como causal de separación legal o divorcio. El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia». *Gaceta Civil & Procesal Civil*. pp. 29-39.

2008 *La familia en el Código Civil peruano*. Lima. Ediciones Legales.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto

2000 *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Reimpresión de la 3ra Edición. México D.F.: UNAM.

ÁLVAREZ OLAZÁBAL, Elvira María

2006 *Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o solución?*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Unidad de Post Grado.

AMAGLIANI, Roberto

2014 «Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità». *I contratti*. N° 6, pp. 582-589.

BEDOYA, Alfredo

2008 «¿Procede el reconocimiento o allanamiento en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho?». Consulta: 05 de octubre de 2015.

http://corrupcioncero.blogia.com/2008/093001--procede-el_reconocimiento-o-allanamiento-en-los-procesos-de-divorcio-por-causal.php

CABELLO MATAMALA, Carmen Julia

2001 «Divorcio ¿Remedio en el Perú?». *Derecho PUCP*. Lima. N°54. pp. 401-418.

1995 *Divorcio y jurisprudencia en el Perú: selección y comentario de ejecutorias supremas (1937 - 1994)*. Lima. Fondo Editorial PUCP.

CALAMANDREI, Piero

1962a *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*. Volumen Primero. Buenos Aires: EJEA.

1962b *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*. Volumen Segundo. Buenos Aires: EJEA.

1927 «Linee fondamentali sul proceso civile inquisitorio». En *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo del suo insegnamento*, Padua: Cedam, pp. 133-171.

CALISAYA MÁRQUEZ, Ángel A.

2013 «El divorcio en el Perú y España». *El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*. Lima. Gaceta Civil & Procesal Civil. pp. 357-387.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando

1991 «El Divorcio: ¿Sanción o Remedio?». *Themis*. Lima. N°18. pp. 66-72.

CARNELUTTI, Francesco

1982 *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora. Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma.

CHAO LAURENTI, Ricardo

1957 «Del reconocimiento y del allanamiento a la demanda». En *Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*. Montevideo: Facultad de Derecho, pp. 179-214.

CHIOVENDA, Giuseppe

1954 *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción española de Gomez Orbaneja. Tomo III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (3 Vols.).

1925 *Principios de derecho procesal civil*. Traducción española a cargo de José Casais y Santaló. Tomo II. Madrid: Editorial Reus

CHIABRA VALERA, María Cristina

2013 «La separación de hecho como causal alternativa de divorcio en el Perú». *El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*. Lima. Gaceta Civil & Procesal Civil. pp. 109-128.

CAVANI, Renzo

2018 *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor

1999 *Derecho familiar peruano: sociedad conyugal, sociedad paterno filial, amparo familiar del incapaz*. 10° Edición. Lima. Gaceta Jurídica.

CORRAL TALCIANI, Hernán

2005 *Derecho y derechos de la familia*. Lima. Grijley.

COSTA, Moacyr Lobo da

1967 «Confissão e reconhecimento do pedido». *Revista da Faculdade de Direito da Univerdidad de São Paulo*. Volumen 62, N° 2, pp. 167-212.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

1990 «La Familia, ¿Un espejismo jurídico?». *La Familia en el Derecho Peruano – Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Lima. Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. pp. 19-42.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis

2013 «El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil Español y el Problema de sus recíprocas relaciones». *Ius et veritas* Lima. Año III. N° 5. pp. 5- 14.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2015 *Introducción al derecho privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil*. Cuarta Edición. Lima: Pacífico.

2012 *Acto jurídico negocial: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima. Rodas.

FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol

2002 «La familia vista a la luz de la constitución y los derechos fundamentales: Aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares». *Foro Jurídico*. Lima. Año 1. N°2. pp. 118-122.

2001 «Una reflexión sobre el divorcio en el Perú. A propósito de la iniciativa de incorporación de nuevas causales de separación y divorcio». Lima. *Legal Express*. Año 1. N° 06. p. 5.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

2016 *Derecho de las personas*. Lima. Instituto Pacífico.

FLORES-ARAOZ, Ántero

2011 *Dictamen en Minoría del Congresista Antero Flores-Araoz E., recaído en los Proys. de Ley que proponen la separación de hecho como causal de separación de cuerpos*. Comisión de Justicia del Congreso de la República. Congreso de la República: 10 de enero de 2001. Consulta: 10 de enero de 2018

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_2000.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/1a71178847dd42b6052576da006f21ee/\\$FILE/00154DCMIN240101.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_2000.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/1a71178847dd42b6052576da006f21ee/$FILE/00154DCMIN240101.pdf)

GARAYCOTT ORTIZ, Gherard

2013 «Norma VIII: ¿Principio de legalidad o fraude a la ley?». *Ius Et Veritas*. Lima. Año XIII. N° 27. pp. 336- 362.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María

2004 «Régimen de los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)». *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N°. Extra 0, pp. 161-211.

BIBLIOGRAFIA

GOLDSCHMIDT, James

1936 *Derecho procesal civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor.

GRONDONA, Mauro

2016 «Residenza familiare e „doveri“ di coabitazione dei coniugi: tra autonomía coniugale condivisa e protezione ordinamentale». En *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, pp.19-38.

LAZARTE ÁLVAREZ, Carlos

2013 *Compendio de Derecho de Familia*. 3ra Edición. Madrid. Dykinson.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella

2002 «El allanamiento en el Divorcio por causal». *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima. N° 41. pp. 83-89.

LIEBMAN, Enrico Tullio

1962 «Sul riconoscimento della domanda» (1927). En *Problemi del processo civile*. Nápoles: Jovene, pp. 177-215.

MÁRQUEZ ROMERO, Pedro

1992 *El allanamiento en el proceso civil*. Granada: Comares.

MILLAR, Robert Wyness

1945 *Los principios formativos del procedimiento civil* [1927]. Traducción de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar

MIZRAHI, Mauricio Luis

2001 *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires. Astrea.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE

1997 «La transacción». *Derecho PUCP – Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima. N° 51. pp. 387-461.

PALACIOS MARTÍNEZ, Eric Moisés

2007 «Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil». *Derecho PUCP – Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima. N° 60. pp. 97-110.

PÉREZ RAGONE, Alvaro y Juan Carlos ORTIZ PRADILLO

2006 *Código Procesal Civil Alemán* (ZPO). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex F.

2001a *Divorcio: reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio*. Lima. Gaceta Jurídica.

2001b *Manual de Derecho de Familia*. Lima. Gaceta Jurídica.

2001c «La reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio». *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica. Lima. Tomo 93. pp. 09-26.

BIBLIOGRAFIA

PRIORI POSADA, Giovanni Francezco

2001 «Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil». *Proceso & Justicia*. Lima. N° 1. pp. 37-44.

PROTO PISANI, Andrea

2003 *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*. Nápoles: Jovene..

QUISPE SALSAVILCA, David Percy

2002 *El nuevo régimen familiar peruano*. Lima. Editorial Cuzco S.A.C.

RIMINI, Carlo

2015 *Il nuovo divorzio*. En CICU, Antonio, MESSINEO, Francesco, MENGONI, Luigi y SCHLESINGER, Piero (directores). *Trattato di diritto civile e commerciale. La crisi della famiglia*. Volumen II. Milán: Giuffrè.

RUBIO CORREA, Marcial

2015 *El título preliminar del Código Civil*. 11va Edición. Lima. Fondo Editorial PUCP.

SENTIS MELENDO, Santiago.

2002 *Teoría y práctica del proceso. Ensayos de Derecho Procesal*. Volumen II. Buenos Aires. Ejea.

SOSA SACIO, Juan Manuel

2008 «¿Son indisponibles los Derechos Fundamentales? ». Lima. Gaceta Jurídica. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima. N° 114. pp. 35-44.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo

2013 *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima. Grijley.

UMPIRE NOGALES, Eulogio Rolando

2001 *El Divorcio y sus causales*. Lima. Librería y Ediciones Jurídicas.

VALVERDE, Emilio F.

1942 *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*. Tomo I. Lima. Imprenta del Ministerio de Guerra.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique

2011 *Tratado de Derecho de Familia – Matrimonio y uniones estables*. Tomo II. Lima. Gaceta Jurídica.

2004 *Divorcio y separación de cuerpos*. Lima. Grijley.

ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer

1999 *Formas alternativas de concluir un proceso civil*. Lima. Marsol.

2. Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ

Casación N° 2548-2003-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia:
El Peruano: 30 de noviembre de 2004.

Casación N° 2871-2005-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia:
El Peruano, 31 de enero de 2007.

Casación N° 4895-2007-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia:
El Peruano, 30 de junio de 2008.

Casación N° 241-2009-Cajamarca, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de
Justicia: El Peruano, 31 de mayo de 2010.

Casación N° 911-2009-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia: El
Peruano, 30 de junio de 2010.

Casación N° 4654-2011-Cajamarca, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema; 19 de
enero de 2012.

Casación N° 5815-2011-Moquegua, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte
Suprema de Justicia: 12 de marzo de 2013.

Casación N° 988-2013-Lima, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema
de Justicia, 10 de junio de 2014.

Casación N° 4176-2015-Cajamarca, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte
Suprema de Justicia, 19 de septiembre de 2016.

Tercer Pleno: Casación N° 4664-2010-Puno, emitida por la Salas Civiles Permanente y
Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el día 18 de marzo
de 2011.

Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, adoptado en el IV Pleno Jurisdiccional de las
Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, del 18 de julio del 2008.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de
Lima el día 12 de diciembre de 2016, Expediente 86 -2010 (Acumulado al Exp.
N° 664-2012 proveniente del 18° JFL).

Sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de
Lima el día 12 de abril de 2017, Expediente 3798 -2013.

Sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de
Lima el día 01 de junio de 2017, Expediente 240 -2008 (Acumulado el Exp. N°
12-2009).

Sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de
Lima el día 08 de junio de 2017, Expediente 2201 -2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia emitida en el Expediente N° 018-96-I/TC, del 29 de abril de 1997.