

CAPITULO V

PRINCIPALES EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DEL DIVORCIO

1. RESPECTO A LOS CONYUGES

1.1. *Ruptura plena y definitiva del vínculo matrimonial*

En relación a los cónyuges, el divorcio tiene como primer y fundamental efecto poner fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial. Así lo establece el art. 348 del C.C.

La disolución opera *ex nunc.*, no modificando los efectos que el matrimonio hubiese producido en el pasado, a diferencia de la nulidad de matrimonio que sí lo aniquila retroactivamente.

Precisemos el momento desde el cual opera la disolución. Mazeaud en lo relativo a este aspecto manifiesta: "El divorcio produce sus efectos entre los esposos desde el día en que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada"⁴⁹¹. El divorcio como tal, se produce desde que la sentencia es ejecutiva, y no desde su transcripción en el Registro, que se constituye en una formalidad, a decir de Planiol, con el objeto de dar a conocer a terceros la disolución del matrimonio.

Como consecuencia de este sustancial efecto, se derivan otros como:

491 Henry y Jean Mazeaud. Op. Cit., p. 480.

1.2. *Los cónyuges pueden contraer nuevo matrimonio*

Al quedar disuelto el vínculo matrimonial, ambos cónyuges se hallan en aptitud de contraer nuevas nupcias. No obstante, se prescriben ciertas limitaciones, como la dispuesta para la mujer, señalándole la ley un tiempo mínimo dentro del cual no puede casarse nuevamente. Este es conocido como el plazo de viudez. El art. 243 determina que no es permitido contraer matrimonio, inc. 3º: “a la viuda en tanto no transcurran por lo menos trecientos días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz” en nuestro caso será de aplicación desde que se declara el divorcio. Dicho dispositivo ha sido modificado por la Ley N° 27118 publicada el 23 de mayo de 1999, estableciéndose la dispensa del plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por autoridad competente.

La *ratio legis* de esta norma, es evitar una confusión en la paternidad, el mismo art. 243 luego consigna los casos en que el juez puede dispensar de la prohibición, y son aquellos en los cuales es imposible que la mujer se halle embarazada por obra del marido. Por esta razón no rige la prohibición en los casos de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.

Otra restricción que afecta a ambos cónyuges, es la que les impide contraer matrimonio con sus parientes afines en línea recta y colaterales en segundo grado, mientras el ex-cónyuge viva, en virtud a que el parentesco por afinidad producido por el matrimonio no desaparece, pese a la disolución.

Asimismo, no existe impedimento alguno para que los esposos divorciados puedan casarse nuevamente, para lo que se exige por supuesto la celebración de un nuevo matrimonio.

En otras legislaciones se disponen prohibiciones mayores como: las que impiden al cónyuge culpable contraer un nuevo matrimonio (Albania), o las que señalan personas con las cuales

no puede contraerlo, sea el caso del cómplice del adulterio (Alemania, Austria, Haití) ⁴⁹²

1.3. La cónyuge debe dejar de hacer uso del apellido de su ex-esposo

Nuestra legislación ha sufrido notables modificaciones al consagrar que “El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales” (art. 234 del C.C.).

A diferencia del C.C. derogado, que establecía a la mujer la obligación de llevar el apellido del marido agregado al suyo en tanto no contrajera nuevo matrimonio. El art. 24 del C.C. concibe ello como un derecho, siendo facultativo ahora su empleo. Sin embargo, no podemos apartarnos de lo que en la realidad ocurre, y en especial de nuestros hábitos sociales, que conducirán a que en muchos sectores de la sociedad se continúe manteniendo la costumbre, por lo que en los casos que se decida hacer uso del apellido del otro cónyuge, producido el divorcio, deberá entenderse que cesa también el uso de esta facultad.

Con el divorcio se pone fin al matrimonio y a todas las obligaciones y derechos que nacieron de él, eso en principio, ya que como lo señala el Dr. Cornejo Chávez:

La ley no puede convertir en extraños a quienes realmente han convivido íntima y legalmente durante un lapso más o menos prolongado. De aquí que, [...] El Derecho atribuye a los ex-cónyuges ciertos derechos, obligaciones y relaciones que hacen directa referencia al anterior estado matrimonial ⁴⁹³

Derechos y obligaciones, que los veremos reflejados en algunos de sus efectos pecuniarios, que la ley prevé y que trataremos seguidamente.

492 Hernán Larraín Ríos, Op., Cit., p. 291.

493 Héctor Cornejo Chávez. Op. Cit., p. 396

1.4. Derecho alimentario entre los ex-cónyuges

1.4.1. Regulación legal de los alimentos en el divorcio

El art. 350 del C.C. preceptúa, como principio general, que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los ex-cónyuges, aunque dispone excepcionalmente que:

Cuando el divorcio es declarado por culpa de uno de los cónyuges, el inocente tendrá derecho a percibir alimentos, siempre que concorra alguno de estos requisitos:

- Que carezca de bienes propios o gananciales suficientes.
- Que esté imposibilitado de trabajar.
- Que no puede subvenir a sus necesidades por otro medio.

El monto de la pensión alimenticia será fijada por el juez, no debiendo exceder a la tercera parte de la renta del obligado.

De otro lado, el ex-cónyuge que se encuentre en estado de indigencia, incluso aquél al que le sea imputable el divorcio, podrá solicitar la prestación de alimentos a quien fue su consorte, medida razonable, por cuanto a pesar de lo acaecido no pueden ser indiferentes a la miseria que padezca uno de ellos.

La obligación alimentaria cesa automáticamente cuando el alimentista contrae nuevo matrimonio, similar supuesto contenía el art. 268 del C.C. de 1936, cuando en su vigencia la jurisprudencia lo interpretó extensivamente, señalando que: "Aunque la ley no ha previsto la situación de la mujer divorciada que contrae relaciones sexuales con otros hombres, es indudable que las disposiciones contenidas en el citado art. 268 se hacen extensivas a tales casos"⁴⁹⁴

494 Exp. 586-49, Lima. Resolución Suprema del 6 de octubre de 1949, Anales Judiciales, tomo XLV, 1949, pp. 21-22.

1.4.2. *Naturaleza jurídica del derecho alimentario del cónyuge inocente*

La naturaleza jurídica de los alimentos, que puede percibir el cónyuge inocente del divorcio, se ha sometido a dos opiniones doctrinarias: Una que sostiene su carácter estrictamente alimentario, mientras que la otra la considera indemnizatorio.

“La pensión alimenticia que se concede al esposo vencedor en el pleito es la reparación de un perjuicio injustamente sufrido”⁴⁹⁵

Eduardo Fanzolato precisará aún más “Con la disolución del connubio el amplio derecho alimentario *iure coniugii* se torna imposible, porque los divorciados ya no son cónyuges; pero, como la imposibilidad de que subsista el derecho es imputable a la conducta antijurídica del que dio causa al divorcio, los alimentos conyugales se trasuntancian en una prestación compensatoria en favor del inocente que experimenta el perjuicio...

Así, por obra del divorcio se pasa del campo del derecho matrimonial a la esfera jurídica patrimonial del resarcimiento, ya que si estamos frente a una reparación de daños causados por un proceder reprochable, la prestación no tiene naturaleza asistencial sino que es sustancialmente compensatoria, aunque tenga la “forma” periódica de una renta alimentaria”.⁴⁹⁶

Según este criterio, lo que se pretendería entonces sería indemnizar al cónyuge que, sin culpa suya se ve desprotegido ante la desaparición del deber de socorro. Beneficio que no impide a la víctima solicitar, además, la reparación del daño causado por los hechos que dieron lugar al divorcio.

Posición que permitiría deducir, que el deber alimentario no

495 Henry Capitant y Ambroise Colin. Op. Cit., p. 734.

496 Eduardo Fanzolato. Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 31-32

se extingue “por la muerte del culpable obligado a prestarlos. Por tanto, los herederos del mismo deben seguir pagando la renta”⁴⁹⁷

De otro lado, los que la atribuyen un carácter estrictamente alimentario afirman.

“El precepto no permite autorizar ninguna pensión más que en cuanto el esposo inocente no pueda vivir con los bienes que posea o con los productos que perciba de la liquidación del régimen matrimonial. De donde se ve que la pensión tiene el carácter de alimentos”⁴⁹⁸

En ese entendido, es el estado de necesidad el que haría justificable su prestación, desaparecido éste, no tendría lugar la obligación, que cesaría también con la muerte del ex-cónyuge obligado.

1.4.3. Fijación de los alimentos en las sentencias de divorcio y separación de cuerpos

Discusión semejante a la anterior ha tenido lugar en nuestra jurisprudencia, al exigirse o no la solicitud expresa de los alimentos por parte del cónyuge beneficiado. Disponiéndose que:

“Es nula la sentencia de divorcio en la parte que fija una pensión alimenticia que no ha sido demandada por la mujer”⁴⁹⁹

En el mismo sentido se pronunciaron:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE MAYO DE 1955⁵⁰⁰

“No es nula la sentencia que declara la separación de los cónyuges por mutuo disenso si omite fijar la pensión alimenticia

497 Ludwing Enneccerus. Theodor Kipp y Martin Wolff. Op. Cit., p. 243.

498 Marcelo, Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 496.

499 Fernando Guzmán Ferrer. Op. Cit., p. 410. Revista de los Tribunales, 1942, p. 326.

500 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 141, Octubre de 1955 p. 452-453.

con que debe acudir el marido a la mujer, porque tratándose de un derecho concerniente a personas plenamente capaces, puede ser objeto de renuncia”.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE DICIEMBRE DE 1965 ⁵⁰¹

El representante del Ministerio Fiscal no está facultado para reclamar pensión alimenticia para la cónyuge, si no ha sido fijada en la sentencia. Por esto no procede el recurso de nulidad interpuesta por dicha causa.

- “En los juicios de divorcio y de separación de cuerpos, la sentencia debe fijar necesariamente la pensión alimenticia que corresponda salvo que medie renuncia expresa a ese beneficio” ⁵⁰²

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE SETIEMBRE DE 1963 ⁵⁰³

El hecho de que no se haya invocado alimentos en la demanda ni en el comparendo, no excluye al marido de acudir con una pensión alimenticia para su cónyuge, obligación que quedaría exonerada, si expresamente se rehusara, lo que no es del caso, por lo que de acuerdo con el art. 288 del C.C., debe fijarse una pensión para la cónyuge, más aún que se trata de un divorcio por mutuo disenso.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE JULIO DE 1982 ⁵⁰⁴

Que en las demandas de divorcio o separación, el Juez señalará alimentos tanto para los hijos como para la cónyuge, tal como lo dispone el art. 288 del C.C.; que de autos no aparece que doña ...haya hecho renuncia expresa a este derecho, por lo que las instancias inferiores han incurrido en la causal de nulidad prevista por el art. 1085 inc. 10°, del C. de P.C. al no pronunciarse al respecto.

501 Fernando Guzmán Ferrer, Op. Cit., p. 410. Revista de Jurídica, 1966, p. 30.

502 Fernando Guzmán Ferrer, Op. Cit., p. 410. Anales Judiciales, 1952, p. 12.

503 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 326, Octubre de 1963, pp. 1250-1251

504 Exp. 1531-81 / Junín.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1984⁵⁰⁵

“Que de acuerdo con las facultades acordadas a la Corte Suprema en razón del art. 241 de la Constitución se ha quebrantado lo dispuesto en el art. 288 del C.C. en lo referente a la pensión alimenticia de la cónyuge no renunciante, la que debe quedar asegurada cuidadosamente”, declararon: NULA la sentencia de vista.

De las ejecutorias presentadas puede apreciarse la posición un tanto paternalista que asumía el C.C. de 1936 respecto de la cónyuge, equiparando su situación a la de los hijos menores, presumiéndose en ambos su estado de necesidad, lo que permitía en el caso de la consorte fijar incluso de oficio una pensión alimenticia. El actual Código, a diferencia del derogado, consagra la igualdad de deberes y derechos entre marido y mujer, por lo que el estado de necesidad económica de uno de ellos, indistintamente, precisa ser acreditado. El Código Procesal Civil establece en su art. 483 que podrán acumularse a la pretensión principal de divorcio entre otras la de alimentos tanto de los hijos como de los cónyuges, a fin de que sea resuelto también con la sentencia.

Frente a aquellas dos interpretaciones judiciales, la primera resultaría la más compatible con el actual régimen legal en Derecho de Familia, al establecerse que el Juez debe abstenerse de otorgar una pensión que no ha sido solicitada; por cuanto, si consideramos la naturaleza asistencial asumida por nuestro sistema en relación a la prestación alimentaria entre los ex-cónyuges, conforme la regulación del art. 350 del Código Civil, la fijación de alimentos exige la concurrencia de dos requisitos: necesidad en quien los pide y posibilidad de quien debe prestarlos, en ese entendido el hecho de que uno de los cónyuges no los demande permite comprender que no los necesita.

1.4.4. Los alimentos en la sentencia de conversión de separación de cuerpos a divorcio

En cuanto a la prestación alimenticia luego del proceso de

505 Exp. 255-84 / Lima.

conversión a divorcio en los tribunales interpretándose el art. 288 del C.C. de 1936 se manifestó:

“La pensión alimenticia asignada a la esposa en la sentencia de separación de cuerpos no termina con la conversión en divorcio. La liberación de esta obligación debe solicitarse en el juicio correspondiente, o sea, en el de exoneración”⁵⁰⁶

En el mismo sentido se pronunciaron:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE JULIO DE 1950⁵⁰⁷

Asumida por el cónyuge en la demanda de separación por mutuo disenso, la obligación de pasar alimentos a su cónyuge, sin determinar plazo de duración, no se extingue esa obligación, con la sentencia que disuelve el vínculo civil, ella subsiste de acuerdo con los arts. 272 y 288 del C.C.”.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1º DE JUNIO DE 1955⁵⁰⁸

Si en el escrito de demanda de separación de cuerpos, los esposos convinieron en el monto de la pensión alimenticia, y si en la sentencia que declaró la separación de cuerpos, se fijó dicha pensión, al transformarse esta situación en divorcio absoluto, no puede el juez de oficio, disminuir esa pensión. El obligado puede pedir en vía distinta la disminución o la exoneración, como la alimentista, el aumento.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE JULIO DE 1963⁵⁰⁹

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió:

506 Fernando Guzmán Ferrer. Op. Cit., p. 410. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1964, p. 89

507 José Taramona. Op. Cit., p. 95

508 Revista de Jurisprudencia Peruana, año XIII, N° 143, Diciembre de 1955, pp. 723-724.

509 Anales Judiciales Tomo LVIII, 1963, p. 83.

Por los fundamentos de la sentencia apelada y considerando además que es un procedimiento separado donde debe solicitarse se dé término a la prestación alimenticia, pues no puede estimarse que, luego de la separación de cuerpos, cese de pleno derecho dicha prestación al pronunciarse la sentencia de divorcio vincular ya que es menester contemplar una serie de cuestiones, como la culpabilidad o inculpabilidad de los cónyuges frente al divorcio, sus medios económicos y gananciales, su habitualidad a trabajar o su imposibilidad para ello ...que deben ser objeto de un pronunciamiento detenido ...

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 2 DE SETIEMBRE DE 1974 ⁵¹⁰

Si el ex-esposo en la demanda de separación de cuerpos, se comprometió a pasar alimentos, en favor de la mujer, sin determinar el plazo de duración, subsiste esa obligación, aún después de haberse convertido en divorcio, salvo que exista alguna causal extintiva de ese derecho.

El art. 350 del C.C. establece que por la disolución del vínculo cesa la obligación alimenticia entre los cónyuges, excepto en los casos ya referidos en la primera parte de este tema, y que contemplan los supuestos en los cuales el cónyuge inocente en un proceso de divorcio por causal se hace acreedor de una pensión de alimentos. En los casos de separación convencional, es fundamental la propuesta del convenio, firmada por los cónyuges que regulan entre otros, el régimen de alimentos de éstos y de los hijos menores de edad.

El juez, no acogerá el contenido del convenio si éste no asegura adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores e incapaces. En ese entendido, bien pueden los cónyuges expresar su voluntad de no desear percibir pensión de alimentos del otro cónyuge, como también podrán omitirlo, no regulándolo expresamente, y ello constituiría el ejercicio libre del derecho, de no ejercitar su derecho alimentario. En ese sentido, el juez no podría compeler a

510 José Taramona, Op. Cit., p. 95.

dos sujetos capaces para que uno de ellos sea acreedor de una pensión alimenticia que no necesita o, en última instancia, no desea, y que en todo caso de necesitarla o quererla, tiene expedito los procedimientos legales para hacerla valer. De ahí que una posición judicial sostiene que no es posible la fijación de oficio de una pensión alimentaria a favor de uno de los cónyuges que no ha sido peticionada o materia de convenio.

Otro aspecto que resulta preocupante en la práctica, son los términos en los cuales se propone el régimen de alimentos en el aludido convenio, que por lo general se limita a señalar un monto o porcentaje a favor de uno de los cónyuges y de los hijos menores, en algunos casos distinguiendo las asignaciones por alimentista, y en otros fijando un monto o porcentaje global para la prestación.

En este aspecto, es importante considerar que durante el período comprendido entre la demanda y la declaración de la disolución del vínculo, los alimentos entre cónyuges son obligatorios y tienen su fuente obligacional en la ley, ellos en el convenio, tan sólo están regulando su cumplimiento, pero luego de la disolución, por mandato también de ley, artículo 350 del Código Civil se establece como regla que los ex-cónyuges no se deben alimentos entre sí, excepto dos supuestos específicos que se tratarán más adelante; por tanto, como puede comprenderse, resulta de particular importancia el texto del convenio entre los cónyuges que puede dirigirse a regular tres situaciones:

- La no fijación de pensión alimenticia a favor de los cónyuges.
- Establecer la pensión de alimentos que uno de ellos prestará al otro mientras sea su cónyuge.
- Fijar un régimen de alimentos a favor de uno de ellos, para el período que dure el proceso, y que se prolongará luego de la disolución del vínculo.

En este último caso, ya no es la fuente legal sino la convencional la que establece la subsistencia de la pensión alimenticia pese a la disolución del vínculo. Si ése es el propósito de las par-

tes, primero debe hacerse explícito en el convenio y, como es natural, regularse claramente los montos, incrementos, porcentajes y demás condiciones en las que deba cumplirse la prestación, luego del divorcio.

En los casos en que se establezca pensión de alimentos a favor de varios alimentistas, debe discriminarse sus asignaciones de un modo individual, a fin de evitar problemas y procesos innecesarios a futuro, cuando cese, se extinga o se configure algún supuesto de exoneración de la obligación alimentaria contra alguno de ellos.

Suele advertirse, en la práctica forense, que los cónyuges acuerdan una pensión de alimentos a favor de uno de ellos, en términos puros y simples, sin añadir ningún tipo de aclaración en el convenio anexo a la demanda de separación de cuerpos, luego, éste es acogido por la sentencia que declara la separación. Posteriormente, a los seis meses de solicitada la conversión, la sentencia de divorcio dispone, asimismo, subsistan los acuerdos materia de convenio incorporados en la sentencia de separación, finalmente, este fallo en consulta es aprobado por el Tribunal Superior. Se trata, pues, de una práctica judicial de más de 50 años, que mantiene una pensión de alimentos luego del divorcio, por el solo hecho que fue mencionada en el convenio anexo a la demanda de separación.

En la práctica judicial existen dos posiciones en cuanto al cese de la pensión de alimentos del cónyuge por efecto del divorcio, los que son de opinión que debe operar automáticamente por su declaración excepto que expresamente se acuerde lo contrario y los que requieren una acción judicial posterior de exoneración por la causal de disolución del vínculo matrimonial.

Cierto es que, los "alimentos" a posteriori del divorcio ulterior, exigen claridad en su tratamiento, estamos frente a una tarea conjunta de abogados y magistrados, los primeros que deben orientar a sus patrocinados para que expresen en términos precisos su voluntad en materia alimentaria como en otros aspectos, porque no hay mejor convenio que aquel que es fácilmente

entendible por las partes y no requiere mayor interpretación en sus términos; y de los magistrados que exijan esta necesaria claridad en la expresión de la voluntad de los cónyuges, en el admisorio de la demanda, en la audiencia de conciliación, a fin de que no haya posibilidad de excederse al aprobar divorcios, cuyo régimen alimentario no necesariamente debería subsistir a posteriori del divorcio, porque no es voluntad de uno o ambos cónyuges.

Exigir términos explícitos al momento de evaluar el convenio que será objeto de aprobación judicial, es una forma más equitativa, si ése es el propósito, de proteger a la eventual parte débil de esta relación, que confiada en una práctica tradicional, puede considerar que se encuentran debidamente aseguradas sus futuras pensiones alimenticias, que pudieron ser acordadas verbalmente, o comprendidas así silenciosamente durante un proceso, que incluso son incorporadas en su fallo de divorcio, para luego estas expectativas desvanecerse cuando en cualquier momento después del divorcio, y como una suerte de espada de Damocles, la contraparte invocando legalmente el artículo 350° del Código Civil logrará el cese de esta obligación.

Luego del divorcio, no será la ley de modo general, sino la convención como en este caso, o la autonomía de la voluntad de uno de los ex-cónyuges si se diera esa liberalidad, la fuente sustentadora de la “pensión alimenticia” a brindarse⁵¹¹.

“no tratándose de alimentos necesarios, estamos en el campo de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad”.⁵¹²

Los alimentos entre ex-cónyuges se tornarán en un deber legal asistencial, en el caso de incurrir alguno de ellos en estado de indigencia, derecho que se le otorga incluso al culpable del divorcio.

511 Cabello Matamala, Carmen Julia. Derecho Alimentario entre Cónyuges. En Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 50. Lima 1996

512 Eduardo Fanzolato, Op. Cit., p. 169.

1.4.5. *Oportunidad desde la cual opera la pensión de alimentos dispuesta en la sentencia de divorcio*

Concluyendo el rubro de la prestación alimenticia que se deben los ex-cónyuges, preguntémosnos desde qué oportunidad debe operar la pensión alimenticia señalada en los juicios de divorcio.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1981⁵¹³

“...fijaron en la suma de ...el monto de la suma que por concepto de alimentos abonará el demandado a favor de la demandante y de su menor hijo ..., pensión alimenticia que regirá a partir de la fecha de la citación con la demanda ...”

La ejecutoria en examen permite considerar cómo se dió el mismo tratamiento a la pensión alimenticia, fijada en el juicio de divorcio, que a la dispuesta en el proceso de alimentos por el derogado D. Leg. 128, en su art. 19, ordenándose su efectividad desde la fecha de la notificación de la demanda. Se le otorgó, así, carácter retroactivo pese a ser fijada en una resolución cuyos efectos son *exnunc*, es decir, que operan desde el momento que es declarado y no antes.

Dicha medida generó, en la práctica, algunos inconvenientes, pues, como bien sabemos, los divorcios por causal son procesos por lo general prolongados, durante los cuales normalmente la parte necesitada accionaba en cuerda separada juicio de alimentos, y los sucesivos aumentos de pensión alimenticia. El ordenar los alimentos retroactivamente en la resolución de divorcio, conllevó a aquellas pensiones abonadas en calidad de definitivas en el proceso paralelo se convirtieran por ese mandato en pago a cuenta, debiendo abonar el cónyuge obligado el respectivo reintegro, correspondiente a los varios años que duró el litigio de divorcio, atentándose de esta manera con las garantías necesarias de seguridad jurídica.

513 Exp. 3056-80 / Lima.

Problema como el planteado no volverá a presentarse, el Código Procesal Civil ha traído innovaciones importantes en esta materia, al establecer la obligación de acumular a la pretensión principal de divorcio o separación de cuerpos, los alimentos, suspensión o privación de patria potestad, así como las demás relativas a los derechos y obligaciones de los cónyuges y de éstos con sus hijos.

Se dispone que después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre alimentos entre otros. En casos como los planteados ya no existirán procesos paralelos, por lo que durante el séquito del juicio de divorcio se fijará una pensión alimenticia cautelatoria y luego cuando se resuelva el problema principal se fijará de ser el caso la pensión alimenticia correspondiente, cuyos efectos como el divorcio serán *ex nunc*.

1.5. *Fin de la sociedad de gananciales*

Por el divorcio fenece el régimen de sociedad de gananciales (art. 318 inc. 3º) al cual se sometían los bienes durante el matrimonio. El Código Civil otorga a los cónyuges, la facultad de elegir entre dos regímenes patrimoniales:

La separación de patrimonios o la sociedad de gananciales, pudiendo optar por cualquiera de ellos, antes de contraer matrimonio o durante su transcurso. El Código Civil de 1936, imponía este último, no pudiendo los cónyuges renunciar a él ni a sus efectos.

La consecuencia patrimonial en examen será de aplicación para aquellos cónyuges que se hayan acogido al régimen de sociedad de gananciales, siendo así presumido mientras no conste la adopción del otro régimen por escritura pública debidamente inscrita en el registro personal.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE AGOSTO DE 1992⁵¹⁴

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

El art. 332 del Código Civil señala expresamente que la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial. En el presente caso por resolución de fojas 49 la Sala Civil aprobó la consultada declarando fundada la demanda y separados los cónyuges, suspendiéndose los deberes relativos al lecho y la habitación, dejando subsistente el vínculo matrimonial; consecuentemente con esta resolución se puso término al proceso de separación de cuerpos aceptándose en su totalidad la separación de bienes contenida en la demanda de fojas 4 en donde no se consignó la pretensión que ahora argumenta la recurrente, la misma que no fue deducida en forma oportuna dentro de la etapa procesal correspondiente.

Por lo expuesto; el pedido que menciona la parte que interpone el recurso de nulidad no puede ser materia de pronunciamiento en la sentencia de divorcio, por lo que esta Fiscalía es de la opinión que NO HAY NULIDAD en la recurrida de fojas 62, su fecha 26 de julio de 1991, que confirmando la apelada, y no la consultada como erróneamente se ha consignado, de fojas 57, de fecha 19 de junio del mismo año declara disuelto el vínculo matrimonial.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE MAYO DE 1993⁵¹⁵

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo opinado por el Señor Fiscal estimó:

...que no es en las sentencias que se emiten en las acciones de divorcio o separación por causales en las que el juez debe pronunciarse sobre los bienes adquiridos por la sociedad conyugal, toda vez que lo que es objeto de ellas es la causa invocada y de

514 Exp. 2157-91 / Tacna.

515 Exp. 526-92 / Loreto

ampararse ésta, en ejecución de sentencia debe procederse a la liquidación de la sociedad conyugal, oportunidad en que las partes podrán acreditar la existencia y calidad de los bienes; que a pesar de que es objeto del recurso de nulidad la sentencia de fojas cuarenticinco, éste Supremo Tribunal no puede dejar de señalar que tanto ésta como la de fojas ciento dieciséis y la de fojas ciento dos se han expedido infringiéndose los considerandos precedentes pronunciándose respecto de los extremos que no eran materia del grado y de los bienes que se dicen adquiridos dentro de la sociedad conyugal, incurriéndose en estos extremos en causal de nulidad: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cuarenticinco, su fecha trece de setiembre de mil novecientos noventiuno, que confirmando la apelada de fojas ciento dieciséis, su fecha once de mayo de mil novecientos noventa, declara disuelto el vínculo matrimonial; declararon NULOS los extremos de ambas sentencias en cuanto se pronuncian sobre los bienes que se precisan; MANDARON que en ejecución de sentencia se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal, previo inventario de todos los bienes que aparezcan como de aquella, en la forma prevista por el artículo trescientos veinte y siguientes del Código Civil...

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE MAYO DE 1992 ⁵¹⁶

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

...que en la demanda de fojas dos, ampliada a fojas trece se ejercitan dos acciones acumuladas; separación de cuerpos por mutuo disenso y liquidación de gananciales, en armonía con lo previsto en el inciso segundo del artículo trescientos dieciocho del Código Civil; que dichas acciones están sometidas por la ley a procedimientos distintos, esto es, a normas procesales que por ser de orden público son de estricta observancia, de modo que bajo este aspecto la recurrida está arreglada a ley; que sin embargo, los escritos de fojas dos y trece en cuanto se refiere al convenio asumido por los interesados respecto de los bienes sociales, ratificado en la diligencia de fojas quince, conservan el mérito que nuestro ordeamiento jurídico confiere a la prueba instrumental, para los fines que le son propios: DE-

516 Exp. 713-91 / Lima.

CLARARON NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas veintitrés su fecha veintiocho de enero de mil novecientos veintiuno que aprobando en un extremo y desaprobando en otro la consultada declara fundada la demanda interpuesta a fojas dos, variada a fojas trece, en consecuencia separados legalmente los cónyuges ...y ...quedando subsistente el vínculo matrimonial e insubsistente la parte en que se pronuncia sobre la adjudicación de los inmuebles; con lo demás que contiene; y los devolvieron...

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

En la sentencia de separación de cuerpos o de divorcio el Juez de conformidad con lo establecido por el art. 12 inciso 11 del Decreto Legislativo 310 y por el art. 342 del C.C. señala la pensión alimenticia del cónyuge y de los hijos, las reglas relativas a la guarda de los hijos, no teniendo facultad para pronunciarse sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, que se realiza conforme a lo dispuesto por los arts. 320 a 324 del C.C. mediante convención extrajudicial o en el procedimiento judicial correspondiente.

En relación a las ejecutorias presentadas, sólo mencionaremos las ventajas que ofrece el actual régimen procesal, al permitir la acumulación de acciones como la separación de bienes gananciales y otros con el divorcio o separación de cuerpos; por cuanto, hoy el Juez podrá resolver de manera conjunta aspectos tan estrechamente vinculados a la disolución del matrimonio, como fue la materia patrimonial en los casos examinados, sin las limitaciones que en esos momentos existían.

Respecto a la naturaleza de esta acumulación un sector sostiene que se trata de una acumulación legal objetiva originaria de carácter accesorio, que está sujeta por tanto a que se declare fundada la pretensión principal a efecto de que se amparen también las demás.

De otro lado, otros atendiendo al carácter de cada pretensión señalan que estamos frente a una acumulación de pretensiones autónomas, conexas, lo que posibilitaría que aunque la pretensión de divorcio o separación de cuerpos sea desestimada, de ame-

ritarse en autos, alguna de las otras, se ampararían extremos de importancia como el de alimentos, señalamiento de bien propio, etc.

1.6. Pérdida de los gananciales provenientes de los bienes del otro cónyuge por el culpable del divorcio.

Este es un efecto de alto contenido punitivo, que trata de introducir una sanción pecuniaria al causante del divorcio, y de esa manera evitar un beneficio injusto con el producto de los bienes del otro cónyuge, que resultó perjudicado con una disolución en la cual no era culpable.

El texto del art. 352 es claro al precisar que sólo se ven afectados los gananciales provenientes de los bienes propios del cónyuge inocente; seguidamente apreciaremos algunas ejecutorias que se han pronunciado en contra de las demandas que pretendieron extender el ámbito de la sanción al total de los gananciales.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE SETIEMBRE DE 1984⁵¹⁷

La Corte Suprema declaró:

Improcedente la demanda en cuanto a la pérdida de los gananciales respecto del bien común adquirido.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1984⁵¹⁸

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal resolvió:

La pérdida de gananciales al que se refiere el art. 266 del C.C., es consecuencia del juicio de divorcio y como tal está sujeta a los efectos de la disolución de la sociedad legal conforme a las reglas previstas en los arts. 199 al 204 del C.C. y la pérdida es

517 Exp. 1453-83 / Lima

518 Exp. 25-84 / Tacna.

con respecto a los gananciales que producen los bienes propios del cónyuge inocente, debiendo tenerse en cuenta que en el caso de autos, cesaron para el marido los gananciales desde el ...en que hizo abandono real del hogar conyugal, en consecuencia el mayor derecho a la proporción que le pueda corresponder a la actora lo hará valer en el proceso pertinente.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 1° DE FEBRERO DE 1985⁵¹⁹

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

Que la pérdida de gananciales por ser consecuencia del divorcio, conforme lo dispone el art. 266 del C.C. derogado, no puede desvincularse de la acción para proponerse acumulativamente. [...] declararon: HABER NULIDAD en el extremo que ordena la pérdida de gananciales, el mismo que declararon: IMPROCEDENTE.

Al respecto el Dictamen Fiscal sostuvo:

No obstante que la pérdida de gananciales, es como consecuencia del divorcio declarado, tal regla conforme lo señala el art. 266 del C.C. (D) sólo opera respecto de los bienes propios del otro cónyuge, teniendo según la actora los bienes que señala en su demanda, la calidad de comunes, el extremo de la apelada que contempla la pérdida de los gananciales por parte del demandado y confirmado por la de vista, resulta improcedente.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 30 DE ENERO DE 1998⁵²⁰

CONSIDERANDO: Primero.- Que la sentencia de divorcio una vez consentida o ejecutoriada origina importantes efectos en cuanto a los cónyuges y al patrimonio de la sociedad de gananciales, entre ellos se encuentra aquel por el cual el cónyuge culpable pierde los gananciales que procedan de los bienes de otro tal como dispone el artículo trescientos cincuentidós del Código Civil.

519 Exp. 1217-84 / Lima.

520 Casación N° 836-96/ Lima

Segundo.- Que la razón esencial de la norma sub-examine se fundamenta como así lo expone Héctor Cornejo Chávez, en que es reprochable que el cónyuge culpable pretendiere obtener beneficios de los bienes del inocente cuando de por medio no supo cumplir sus deberes morales y legales, esto es cuando su conducta que da lugar al divorcio fractura la íntima comunidad de vida e intereses sobre la que se funda el régimen de gananciales...

Tercero.- Que en efecto, la norma invocada obedece propiamente al carácter punitivo por el cual se sanciona al cónyuge culpable que ha incurrido en una de las causales previstas en la ley que da lugar a la ruptura del vínculo matrimonial, que en el caso de autos constituye la causal de uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.

Cuarto.- Que es menester señalar que el cónyuge culpable o cónyuge divorciado por su culpa es aquel que con su conducta en forma deliberada motivada o no, incurre en una de las causales previstas en la ley sustantiva que da lugar a la declaración judicial del divorcio.

Quinto.- Que de consiguiente, el concepto culpa contenida en la norma acotada no se refiere a la reprochabilidad que se hace al autor sobre su conducta sino al solo hecho que el cónyuge aparece como causante del divorcio previamente declarado por resolución judicial; siendo así, la recurrida al aplicar la norma bajo comentario no infringe su ratió legis y que si bien no es la norma que propiamente resuelve la pretensión incoada sin embargo sirve de fundamento junto con otras para desestimarla, tanto más que la recurrida ha hecho suyos los fundamentos de la apelada resolvieron in totum los fundamentos de la pretensión.

Sexto.- Que si bien, la pretensión de la recurrida está dirigida a solicitar que los derechos que le corresponde a su ex-cónyuge se le adjudique, precisando que debe aplicarse los principios generales del derecho ya que no existe norma que ampare esta pretensión, cabe señalar que este extremo ha sido objeto de análisis por la resolución apelada y recogida en sus fundamentos por la recurrida de tal modo que el re-examen de este extremo no es posible hacerse en esta sede por ser incompatible con sus fines, tanto más aún que la recurrente no ha hecho valer el cargo conforme a la causal que sea pertinente para su respectivo control casatorio.

Sétimo.- Que en todo caso la reparación del supuesto agravio sufrido por la impugnante con ocasión de la conducta del em-

plazado y que configuró la causal de divorcio se halla normado por el artículo trescientos cincuentiuno del Código Civil.

SENTENCIA: Estando a las conclusiones que preceden declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por ..., en consecuencia, NO CASAR la resolución de fojas ..., su fecha ...; en los seguidos con don ..., sobre declaración de pérdida de gananciales; ...

1.7. Pérdida del derecho a heredar entre los cónyuges

A diferencia del efecto anterior, su naturaleza no es punitiva, en la medida que involucra tanto al cónyuge culpable como al inocente del divorcio. Tiene su fundamento en principios de carácter sucesoral, por cuanto la vocación hereditaria sólo nace por parentesco o matrimonio, el divorcio pone fin a este último, de ahí que no existe entre aquellos que alguna vez fueron esposos.

De esta manera, el divorcio provoca una ruptura más radical del matrimonio que la que pueda producir la muerte misma, al desaparecer los derechos hereditarios entre los ex-cónyuges.

1.8. Indemnización del daño moral con motivo de los hechos que dieron lugar al divorcio

El art. 351 del C.C., al igual que lo hacía el art. 264 del C.C. de 1936, concede al cónyuge inocente la posibilidad de ser indemnizado cuando los hechos que han determinado el divorcio han comprometido gravemente su interés personal. Eso independientemente de la pensión alimenticia que pudiese percibirse.

Nuestra legislación establece la reparación del daño moral, en tanto no contempla el daño material que también puede tener lugar. Así la indemnización no incorporará el perjuicio corporal que pudiera sufrirse, producto de maltratos o del contagio de una enfermedad venérea.

En cuanto al fundamento del daño moral, algunos sostienen que tiene un carácter resarcitorio, siendo su fin el reparar en algo el menoscabo sufrido por la víctima. Otro sector minoritario lo

considera punitivo, tratándose entonces de una pena civil que recae sobre el culpable.

Respecto a esta consecuencia pecuniaria, Omar Barbero en su obra *Daños y Perjuicios derivados del Divorcio* plantea una opinión ecléctica respecto a la naturaleza de la indemnización. "Es cierto que hay un resarcimiento para la víctima, pero eso no excluye que también se castiga al culpable", y en especial pone énfasis en el efecto ejemplificador que debe producir, como advertencia y estímulo para los demás integrantes de la comunidad. De esta manera nos dirá: "Tengamos fe en el derecho y confianza en nuestra obra. No será estéril, que si fracasamos por no lograr disminuir los divorcios injustos, al menos mejoremos la situación del cónyuge inocente y la de los hijos, indemnizándolos"⁵²¹

En la resolución que sigue, la parte actora pretendió amparar la indemnización del daño moral derivado de las causales de divorcio en las normas relativas a daños y perjuicios, correspondientes al título de responsabilidad extracontractual.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE SETIEMBRE DE 1982⁵²²

El Ministerio Público sostuvo:

La indemnización reclamada por la actora por daño moral y económico, se ampara en los arts. 1136 y 1148 del C.C., de los actos ilícitos. El primero constituye regla general de responsabilidad extra contractual, el segundo permite al fijar la indemnización tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima, en cuanto a los casos regulados por el título IX del Libro V del C.C.

El derecho invocado por la actora se encuentra amparado por el art. 264 del acotado, precepto según el cual si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el

521 Omar Barbero. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1977, pp. 121, 140.

522 Exp. 728-82 / Piura.

interés personal del cónyuge el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación por daño moral.

Evidentemente que la causal de adulterio en que ha incurrido el demandado ha afectado en su dignidad y propia estima a la cónyuge ofendida pero los alcances del dispositivo antes citado no comprenden el daño económico y es que las normas son distintas entre las que rigen las responsabilidades extra contractuales y las que regulan los efectos del divorcio conforme al art. 253 y siguientes del cuerpo de leyes varias veces citado.

Por las consideraciones precedentes opino que la Sala puede servirse declarar que HAY NULIDAD en la sentencia de vista en cuanto confirma la apelada en el extremo que declara fundada en parte la demanda sobre indemnización y fija en S/. 15'000,000.00 el monto de dicha indemnización, reformando la primera y revocando la segunda en este extremo fijar prudencialmente en la suma de S/. 1'000,000.00 el monto de dicha indemnización y que NO HAY NULIDAD en lo demás que la recurrida contiene.

La Corte Suprema declaró:

Que el Juez de la causa no admitió la acción indemnizatoria amparada en los artículos mil ciento treintiséis y mil ciento cuarentiocho del Código Civil, por ser de naturaleza ordinaria, limitándose a decretar "Téngase presente" en dicho extremo, como se ve del admisorio de la instancia de fs. ...que, en consecuencia, las instancias inferiores han resuelto punto no controvertido, incurriendo así en la causal de nulidad prevista en el inciso noveno del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles [...] declararon NULA la indicada resolución de vista e INSUBSISTENTE la apelada en la parte que se pronuncian sobre la demanda de indemnización.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE JUNIO DE 1991 ⁵²³

La Corte Suprema por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal y de la recurrida; consideró:

523 Exp. 1708-88 / Lima

Que en la sentencia de vista de la Corte Superior se ha pronunciado en todos los extremos que ha sido materia de la apelación y adhesión a dicho recurso; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochentiséis, su fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos ochentisiete, en cuanto confirmando la apelada de fojas sesentiuno, señala en la suma de diez mil intis la indemnización que debe pagar el demandado a la demandante por concepto de daño moral; reformando la resolución recurrida y revocando la de primera instancia en dicho extremo: FIJARON la referida indemnización en cuarenta mil intis; declararon: NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene...

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

De la demanda de fs. 7, se desprende, que la accionante contrajo matrimonio civil con el emplazado, el 15 de junio de 1955 por ante el Concejo Distrital de Huallanca, acreditado con la partida respectiva de fs. 2, habiendo procreado dentro de dicha unión conyugal a sus hijos ..., ..., ...y ..., acreditado con las partidas de nacimiento corrientes a fs. 3 a 6. Refiere la actora que en marzo de 1986, familiares y amigos, le informaron haber visto al demandado en el Club El Bosque, acompañado de una mujer y menores de edad, así como también exhibiéndose con la misma, en una peña de Barranco, por lo que le pidió explicaciones, pues igualmente había sido visto por uno de sus hijos llamado ..., ingresando a un espectáculo en Barranco, contestándole, que en efecto, mantiene relaciones extramatrimoniales con ...con quien ha tenido hijos extramatrimoniales; agrega, que durante su vida matrimonial han adquirido bienes inmuebles y muebles, así como valores, dinero en cuenta corriente y ahorros, detallados en la demanda; que la infidelidad de su esposo le ha inferido grave daño moral, por lo que pide le indemnice con la cantidad de I/. 300,000.00 así como que le pase una pensión alimenticia de I/. 15,000.00 intis mensuales para sus dos menores hijos...

...3.- Debido a que por efecto de la inflación se ha envilecido el valor adquisitivo de nuestro signo monetario, el monto de la indemnización por daño moral fijado en I/. 10,000.00 según sentencia consultada de fs. 61, su fecha 6 de julio de 1987, debe incrementarse a I/. 40,000.00...

Sólo anotaremos que un error de fundamento legal, como el observado en aquel proceso, en la actualidad puede ser subsanado gracias al imperativo del art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que ordena a los magistrados que “tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda”. En el caso de autos, la actora solicitó se le indemnizara por el daño moral que le fuera irrogado, pero equivocó su fundamentación legal; al amparo de este dispositivo el Juez podría haber fijado una suma por ese concepto de acuerdo a la norma de divorcio, pese a que la indemnización demandada se amparó en las disposiciones sobre daños y perjuicios en general.

2. RESPECTO A LOS HIJOS

“El divorcio no modifica los derechos de los hijos nacidos del matrimonio”⁵²⁴

Este es uno de los aspectos más delicados y de mayor importancia, que ha de regular la ley con respecto al divorcio. Son dos los temas que trataremos a continuación:

- El ejercicio de la patria potestad.
- El derecho alimentario de éstos.

2.1. *El ejercicio de la patria potestad*

Como sabemos, durante la vigencia del matrimonio, esta facultad era compartida por ambos padres, con la disolución surge la necesidad de elegir quien ha de ser el más apto para continuar, mientras que el otro quedará suspendido en su ejercicio (art. 340 conc. 420 y 466 inc. 4º).

Es durante el procedimiento judicial donde se determinará la persona a la que se confiará el cuidado de los hijos menores, serán

524 Henry Capitant y Ambroise Colin. Op. Cit., p. 492.

en principio cualquiera de sus padres los designados, pero cuando la situación lo justifique, podrá recaer incluso en un tercero, en lo posible pariente próximo, abuelo, hermano o tío. La ley establecerá entonces ciertas pautas, que el juez deberá tener en cuenta, pero será él quien evaluando los hechos decidirá lo más conveniente para la protección y bienestar de los menores.

En los divorcios por causal, los hijos serán confiados al cónyuge a cuyo favor se ha dictado la sentencia, salvo que el juez considere que el otro padre, u otra persona mediando motivos graves, se encuentran en mejor aptitud de salvaguardar su persona y bienes.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE FEBRERO DE 1993⁵²⁵

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal declaró:

Que si bien se ha demostrado la causal de adulterio invocada por el demandante, de la prueba actuada en el proceso y de la propia manifestación del accionante en esta causa así como en la de alimentos y de divorcio absoluto por abandono injustificado del hogar acompañados, se evidencia que los menores habidos en la relación matrimonial, se han encontrado bajo el cuidado y protección de la madre en forma exclusiva desde el año de 1984, la que tuvo que acudir al Poder Judicial para que el padre cumpla con su obligación alimentaria.

Esta prolongada separación del padre, han fortalecido los vínculos y sentimientos de afecto de los menores con su madre, quien además dispondría de más tiempo para su atención, pues el demandante en su condición de miembro de la Policía de Seguridad, está sujeto a las normas internas de servicio y de disponibilidad propias de su institución, por lo que otorgar el ejercicio de la patria potestad a éste, no resultaría beneficiosos para dichos menores, existiendo inclusive el riesgo, dada su edad, de 12, 11 y 10 años, de que pueda afectarse el desarrollo equilibrado de su personalidad, por lo que atendiendo a

525 Exp. 2237-91 / Ancash.

lo dispuesto por el art. 340 del C.C., deberá disponerse que sea la madre la que continúe en el ejercicio de la misma.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 24 DE MAYO DE 1993⁵²⁶

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

En cuanto a la reconvencción, esta articulación deviene en improcedente, al no estar sometida la acción de entrega de menores al mismo procedimiento que el divorcio ni ser de competencia del Juez de Primera Instancia en lo Civil. Sin embargo, conforme a la facultad que el art. 340 del C.C. concede al Juzgador, los hijos deben confiarse al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno al otro cónyuge.

En este sentido, cabe analizar el informe de servicio social que obra de fs. 73 a 77, del que se concluye que si bien la demandada vive con sus familiares en un inmueble menos amplio y aparente que donde reside el padre, es también apto para el desarrollo de su personalidad. Además, el arrepentimiento demostrado por ella a través de este juicio ante la autoridad de su iglesia y su nivel cultural, agregado a la corta edad de los hijos de ambos, cinco y seis años, obligan a este Ministerio a sugerir que los menores ...y ...permanezcan en poder de su madre...

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE MARZO DE 1991⁵²⁷

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO además: que conoce de los presentes autos este Supremo Tribunal por haberse declarado fundada la queja interpuesta por doña ...declaró infundada la oposición de fojas ...

El Ministerio Público sostuvo:

526 Exp. 2116-92 / San Martín.

527 Exp. 2070-87 / Tacna

Viene para vista fiscal, el incidente de Oposición de Entrega de Menor seguidos por don ... contra doña ... De los acompañados se establece que don ...interpuso una demanda de divorcio (Exp. N° 847-84) por ante el Segundo Juzgado Civil de Tacna, Secretario Lincoln Salas Ponce, por las causales de injuria grave y abandono malicioso del hogar conyugal; señala haber procreado al menor ...; esta causa se tramitó conforme a su naturaleza, y a fs. 37 se dictó sentencia declarando FUNDADA la demanda por la causal de abandono malicioso del hogar conyugal e INFUNDADA por la causal de injuria grave; elevada en consulta por sentencia de vista de fs. 45 aprobaron la consultada y completando dicho fallo declararon que la patria potestad de dicho menor será ejercida por el padre ...; habiendo quedado consentida esta Resolución; a fs. 54 se requiere a la emplazada para que en el término de un día cumpla con hacer entrega de su menor hijo ..., bajo apercibimiento de detención; la misma que se opuso a la entrega; lo que motivó el auto de fs. 59 que declaro INFUNDADA dicha oposición.

Tramitado el incidente conforme a su naturaleza, a fs. 142 se emite una Resolución que confirma el auto apelado que en fotocopia se adjunta a fs. 37 que declara infundada la oposición de fojas 35.

Del análisis de lo actuado se desprende que con la sentencia de vista de fs. 45 del Expediente de divorcio N° 847-84 de fecha 26 de Febrero de 1985 se completa la sentencia consultada con respecto al régimen de la patria potestad y de la pensión alimenticia y el menor ...queda bajo la patria potestad de su padre..., pudiendo la madre visitarlo periódicamente en fecha y horario oportuno; dicha sentencia está en ejecución de sentencia y no puede alterarse por haber quedado consentida y ejecutoriada y mucho menos modificarse en lo sustancial por lo que debe procederse conforme a lo dispuesto en el art. 1154 del Código de Procedimientos Civiles.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE DICIEMBRE DE 1996⁵²⁸

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña ... mediante recurso de fojas ..., contra la

sentencia de vista de fojas ..., expedida por la ..., que confirmando la apelada de fojas ... declaró disuelto el vínculo matrimonial existente entre don ... con doña ..., celebrado ante el Concejo Distrital de ..., con fecha ... y que la patria potestad de los hijos menores la ejercerá el actor, quedando en suspenso la de la madre, quién podrá visitarlos los días sábados y domingos de cada semana de nueve ... a seis ..., con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:La recurrente funda su recurso en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentado el inciso segundo en la inaplicación de una norma de derecho material, por haberse dejado de aplicar el artículo trescientos cuarenta del Código Civil, en concordancia con los artículos noventidós y noventitrés del Código de los Niños y Adolescentes, cuando se refiere a las hijas mujeres menores, como es el caso de su hija ...

CONSIDERANDO: *Primero.-* Que concedido el recurso de casación a fojas ..., fue declarado procedente por resolución de ..., sólo por la causal del inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil.

Segundo.- que el artículo octavo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que en toda medida concerniente al menor, hay que tener en consideración el interés superior del niño.

Tercero.- Que si bien el artículo trescientos cuarenta del Código Civil, en concordancia con los artículos noventidós y noventitrés del Código de los Niños y de los Adolescentes permite que las hijas menores de edad queden al cuidado de la madre, también dicho artículo trescientos cuarenta faculta al juez a determinar otra cosa y en su primera parte que los hijos se confíen al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica.

Cuarto.- Que en este caso se ha declarado fundado el divorcio por la causal de conducta deshonrosa, por lo que por el interés superior del niño es conveniente que la menor ... y su hermano ... queden bajo la patria potestad del padre, quedando en suspenso la de la madre y subsistente el régimen de visitas establecido en la sentencia de vista.

Quinto.- Que esto determina que no resulta de aplicación el artículo trescientos cuarenta del Código Civil, en concordancia con los artículos noventidós y noventitrés del Código de los Niños y Adolescentes, en la forma que ha sido planteada por la actora.

Sexto.- Que no presentándose la causal prevista en el inciso se-

gundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Adjetivo y aplicando el artículo trescientos noventaiocho del mismo, la Sala Civil de la Corte Suprema RESUELVE: Declarando INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por ..., en consecuencia NO CASAR la sentencia de fojas ...

Si ambos son declarados culpables, la recomendación es que los hijos varones mayores de 7 años se queden con el padre y las hijas menores de edad y los hijos menores de 7 años con la madre, pudiendo determinarse algo diferente.

En los casos de conversión de separación de cuerpos a divorcio, se deberá tener en cuenta, si fue por causal, entonces se aplicarán las reglas citadas, más si se trata de una acción convencional habrá de observarse el régimen que para tales efectos se ha acordado en la separación, teniendo presente en lo conveniente lo decidido por los cónyuges en el proceso.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE AGOSTO DE 1991 ⁵²⁹

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal estimó:

...que la demanda de fojas seis, se interpone en febrero de mil novecientos ochentisiete y ello explica el porqué se fijó la exigua pensión de dos mil intis mensuales en favor del menor y de la cónyuge; que además en dicha demanda de separación de cuerpos convinieron los esposos en que el menor quedara en poder de la madre; que en consecuencia la exigua pensión alimenticia a que se ha hecho referencia, no constituye motivo ni razón para que el indicado menor pase al poder del padre, ya que mediante una acción de aumento de pensión alimenticia la madre puede obtener el incremento para su hijo, que ya está en etapa escolar y necesita una pensión adecuada y actualizada; declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuenta y cuatro, su fecha nueve de octubre de mil novecientos noventa, que confirmando la apelada de fojas veintiocho, fechada el catorce de agosto de mil novecientos ochentinueve, declara FUNDADA la solicitud de fojas veintisiete; y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial existente entre don ...y doña ...

Por el contrario el Ministerio Público sostuvo:

Es materia del grado, la sentencia de vista de fs. 54, que confirmando la apelada de fs. 28, declara fundada la solicitud de fs. 27, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial de las partes; la revoca en el extremo que declara que el menor ...quede bajo la patria potestad del padre, y reformándola dispone que dicho menor quede bajo la patria potestad de la madre, en los seguidos por ...y ..., sobre separación de cuerpos por mutuo disenso.

Una de las funciones principales del Ministerio Público es la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces. Analizando bajo este marco conceptual la sentencia venida en grado se aprecia que el menor ..., quedaría bajo la patria potestad de la madre, con una pensión alimenticia mensual de dos mil intis, que compartiría con ésta última, es decir, que quedaría en buena cuenta casi desamparado, y sin recursos para subsistir, cuando actualmente se encuentra en poder del padre y según se desprende del escrito de fs. 57.

Teniendo en consideración lo expuesto, debe propenderse a que las resoluciones que se emitan en los expedientes en los que tienen interés económico y moral los menores, tengan por excelencia un carácter tuitivo, buscándose en lo posible un ambiente familiar seguro y adecuado para su formación intelectual, física y moral, haciéndose uso de la facultad discrecional que da a los magistrados el art. 345 del Código Civil.

Por las consideraciones expuestas, este Ministerio Público dictamina, se declare HABER NULIDAD en la recurrida en cuanto revoca el extremo que declara que el menor ...quede bajo la patria potestad del padre y reformándolo declara que el mismo quede bajo la patria potestad de la madre; y propone que reformándola se APRUEBE la sentencia consultada de fs. 28 en todos sus extremos, debiendo integrarse la misma con el pronunciamiento respecto a los alimentos a favor de la cónyuge

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE MAYO DE 1992⁵³⁰

La Corte Suprema de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal, por sus fundamentos y CONSIDERANDO además que

530 Exp. 2248-91 / Cuzco.

la instrumental presentada después de expedida la sentencia de vista no puede ser ameritada conforme lo dispone el artículo mil ciento treintidós del Código de Procedimientos Civiles: declararon HABER NULIDAD en la sentencia que confirmando la apelada declaraba disuelto el vínculo matrimonial contraído por ...y ...; con lo demás que contiene ...

El Dictamen Fiscal expresaba:

Es materia del grado la sentencia de vista de fs. 42 que confirmando la sentencia apelada de fs. 27 declara disuelto el vínculo matrimonial, en los seguidos por ...y ..., sobre separación de cuerpos.

A fs. 24 ..., apoderado de ...solicita la disolución del vínculo matrimonial en aplicación del art. 354 del C.C. Emitido el dictamen del Fiscal Provincial a fs. 25, el Juzgado a fs. 27 pronuncia sentencia declarando definitivamente disuelto el vínculo matrimonial.

Interpuesta la apelación, el Fiscal Superior emite dictamen a fs. 36 pronunciándose porque la apelada sea confirmada, y la Sala Civil a fs. 42 confirma la sentencia apelada de fs. 27.

A fs. 61 ...interpone recurso de nulidad sosteniendo que la sentencia de vista no considera la omisión de recaudar la demanda con la BUL, y que no ha resuelto todos los puntos controvertidos y reclamados, sosteniendo que en segunda instancia se ha desistido expresamente de la renuncia a percibir alimentos formulada en la demanda y ha solicitado una pensión alimenticia, no habiéndose abierto a prueba su solicitud de conformidad con lo prescrito por el art. 1103 del C. de P.C. En su escrito de fs. 70 manifiesta que el Juez Dr. ...que emitió la sentencia de fs. 27 estaba impedido por haber intervenido como testigo de una entrega de mercaderías que hizo la recurrente a su cónyuge y que maliciosamente en la demanda de fs. 3 en la que los cónyuges solicitan separación de cuerpos por mutuo disenso se silenció la existencia del menor ...hijo del matrimonio, cuya partida adjunta y obra a fs. 67, razón por la cual en la sentencia de separación de cuerpos no se establece el régimen familiar y alimentario correspondiente.

De la revisión de lo actuado se desprende que:

Primero.- La sentencia apelada de fs. 27 ha sido expedida de conformidad con lo establecido por el art. 354 del C.C.

Segundo.- El Juez que emitió la sentencia apelada de fs. 27 no se hallaba impedido por cuanto la intervención como testigo de una entrega de mercaderías entre los cónyuges el 1ro. de setiembre de 1987, antes de la formulación de la demanda de separación de cuerpos, a que se refiere la fotostática simple de fs. 66 no se halla encuadrada dentro de las causales establecidas por los incisos 7mo. y 10mo. del art. 89 del C. de P.C., como sostiene el recurrente, ni en ninguna otra.

Tercero.- La sentencia de vista de fs. 42 expedida sin abrir a prueba la solicitud de alimentos de la cónyuge, no infringe lo dispuesto por el art. 1103 del C. de P.C. aplicable únicamente a la apelación de sentencia en Juicio Ordinario y ha sido expedida de conformidad con lo establecido por el art. 1108 del mismo cuerpo legal.

Cuarto.- La omisión del régimen familiar y alimentario correspondiente al menor hijo del matrimonio cuya partida obra a fs. 67 no invalida la sentencia de separación de fs. 14 ni la apelada de fs. 27 por cuanto su existencia fue silenciada por los cónyuges en la demanda de fs. 3.

Por las consideraciones expuestas, estimo que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida de fs. 42 que confirma la apelada de fs. 27 que declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por ...y doña ...

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 1998⁵³¹

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña ... contra la sentencia de vista de fojas ..., su fecha ..., expedida por ..., que aprobando la sentencia consultada de fojas ..., su fecha ..., declara disuelto el vínculo matrimonio civil contraído por don ... y doña ..., el ... ante el Concejo Distrital de ..., en la parte que establece que la patria potestad sobre las menores hijas de ambos cónyuges ... deben ejercerla en forma conjunta ambos padres.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La Sala ha estimado procedente el recurso de casación interpuesto por las causales de interpretación errónea de los artículos trescientos cuarenta, trescientos cuarenticinco y cuatrocientos veinte del Código Civil y de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso;

531 Casación N° 2096-97/ Lima

CONSIDERANDO:

... Primero.- Que atendiendo a sus efectos es necesario empezar el estudio de la denuncia in procedendo, la misma que se basa en la falta de fundamentación de la recurrida; Segundo.- Que este extremo de la impugnación no puede prosperar porque la recurrida contiene los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya; Tercero.- Que la denuncia in iudicando se basa en que la Corte Superior ha interpretado erróneamente los artículos trescientos cuarenta, trescientos cuarenticinco, cuatrocientos veinte del Código Civil al establecerse en el tercer considerando de la apelada que cuando se trata de una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores y que la norma contenida en el artículo trescientos cuarenta concordante con el artículo cuatrocientos veinte del Código Civil solo es aplicable a los casos de separación o divorcio por causal o nulidad de matrimonio, mas no, en los casos de disolución del vínculo por mutuo acuerdo; Cuarto.- Que de conformidad con el segundo párrafo del artículo trescientos cuarenticinco del Código Civil resulta de aplicación a los casos de separación convencional lo dispuesto en el último párrafo del artículo trescientos cuarenta del referido Código en el que se establece que la patria potestad se ejerce por el cónyuge al que se confían los hijos; Quinto.- Que, igual disposición se repite en el artículo cuatrocientos veinte del mismo Código que establece sin hacer distinción alguna que en los casos de separación o divorcio la patria potestad se ejerce por el padre o la madre a la que se haya confiado a los hijos; Sexto.- Que si bien es cierto que solo procede la suspensión en el ejercicio de la patria potestad en los casos establecidos en la Ley, no es correcta la afirmación en el sentido que el ejercicio de la patria potestad se suspenda sólo con carácter de sanción pues esto no fluye de la simple lectura de las normas glosadas; Séptimo.- Que en consecuencia la resolución recurrida incurre en error de interpretación al establecer que cuando se trata de una sentencia de separación convencional, corresponde a ambos padres ejercer conjuntamente la patria potestad de sus hijos menores, debiendo en cada caso concreto fijarse el régimen concerniente a la patria potestad observando en cuanto sea conveniente al interés de los hijos lo que ambos cónyuges acuerden; por las consideraciones que anteceden; con lo expuesto por el Señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Civil y en uso de la facultad conferida por el artículo trescientos

noventiséis del Código Procesal Civil; declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña ... obrante a fojas ...; en consecuencia NULA la sentencia de vista de fojas ..., su fecha ...; expedida por ..., en el extremo que la modifica estableciendo que la patria potestad de las menores ... corresponde ejercerla conjuntamente a ambos padres y la tenencia conforme a lo acordado a la madre, y actuando en sede de instancia: APROBARON, en cuanto declara vigente el régimen de patria potestad, acordado por las partes en la sentencia consultada de fojas ..., su fecha ...

Declarada la separación de cuerpos o el divorcio sólo uno de los padres podrá ejercer la patria potestad de sus hijos, en tanto el otro no es privado sino suspendido, pudiendo asumirla nuevamente a la muerte del titular, o ante el surgimiento de un impedimento legal de éste.

Carácter importante de dichos pronunciamientos es su revocabilidad, en la medida que posteriormente pueden ser modificados a solicitud del padre que ha sido suspendido o de otras personas vinculadas, interesadas en la protección del menor de edad, en atención a nuevas circunstancias y orientadas siempre al amparo de ellos.

El hecho de que uno de los padres se halle suspendido en su ejercicio, no significa que esté impedido de mantener relaciones permanentes con sus hijos, vigilando de su cuidado y de su educación. Al respecto como Planiol nos dice:

No perdiéndose la patria potestad, a consecuencia del divorcio, sino que sufre solamente una disminución de facultades, el padre o la madre a quien se priva de la guarda del hijo, conserva un derecho de vigilancia, que se ejercita habitualmente bajo la forma de un derecho de visita y de correspondencia⁵³²

Nuestra ley dispone que, en estos casos, los padres tienen derecho a conservar con los hijos las relaciones personales indicadas por las circunstancias, por lo tanto el derecho de vigilancia

532 Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Op. Cit., p. 514.

quedará siempre vigente. Se señalará en la sentencia un régimen de visitas, a fin de que dicho padre no sea privado del derecho natural de comunicarse con sus hijos. El que podrá ejercitarse personalmente en el domicilio del cónyuge que tenga su guarda, o también permitiendo que el menor lo visite ciertos días a la semana, o por temporadas en determinadas épocas del año. También puede ser en forma oral o escrita, por lo que el otro cónyuge no podrá impedir su libre correspondencia o la comunicación telefónica entre ellos, siempre que no atente contra la integridad personal o moral del menor.

El ejercicio de la patria potestad comprende la guarda de la persona del menor y el cuidado de sus bienes, de allí que el padre que sea designado administrará también sus propiedades y gozará de su usufructo legal.

El art. 441 estatuye la obligación del cónyuge que ejerce la patria potestad, después de disuelto el matrimonio, de hacer inventario judicial de los bienes de sus hijos, bajo sanción de perder su goce legal, no pudiendo contraer nuevo matrimonio hasta cumplir este requisito y si no lo hiciera, perderá la administración y usufructo que ejercía.

Algunos tratadistas como Mazeaud y Planiol han calificado como sanción esta disminución en la patria potestad, que por lo general sufre el cónyuge culpable del divorcio.

“El legislador impone al cónyuge culpable una sanción relativa a la persona -la disminución de la patria potestad- que posee como consecuencia la pérdida del derecho de goce legal, sanción pecuniaria”⁵³³

2.2. Obligación de prestar alimentos a los hijos

“No obstante quitarse el culpable los derechos de la patria potestad, se le dejan las obligaciones que ella involucra”⁵³⁴

533 Henry y Jean Mazeaud. Op. Cit., p. 498

534 Hugo Lindo, Op. Cit., p. 184

A pesar del divorcio, ambos cónyuges continúan en la obligación de acudir a los gastos de educación y mantenimiento de sus hijos, en proporción a sus recursos, preceptuándose que: "El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos" (art. 342 del C.C.). Generalmente es el padre que se ve suspendido de la patria potestad, a quien se le fija un monto mínimo con el que habrá de contribuir para esos efectos, salvaguardando de esta manera en algo las condiciones materiales en las que pueden quedar los menores.

La ley establece la obligación del juez de cuidar los alimentos de los hijos menores, debiendo fijarse en la sentencia la suma de la prestación aunque no se haya demandado, en caso contrario, la omisión deberá ser sancionada. La jurisprudencia ha dispuesto en algunos casos, la nulidad de todo lo actuado y en otros la integración de la sentencia enmendando la omisión al amparo del art. 1086 del C. de P.C. Las siguientes ejecutorias nos graficarán ambas posiciones:

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE ABRIL DE 1982⁵³⁵

Que en los juicios de divorcio o separación, el Juez señalará en la sentencia la pensión alimenticia a favor de los hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo doscientos ochentiocho del Código Civil; que, en el caso de autos, el Juez de la causa ha omitido pronunciarse sobre este aspecto incurriendo así en la causal de nulidad prevista por el inciso décimo tercero del artículo mil ochenticinco del Código Adjetivo: declararon NULA la sentencia de vista de fojas ..., su fecha ...; e insubsistente la consultada de fojas ..., fechada ...; MANDARON que el Juez expida nuevo fallo con arreglo a ley; en los seguidos por ...contra ...sobre divorcio ...

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 15 DE MAYO DE 1980⁵³⁶

Vistos; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO que la Corte Superior ha omitido señalar el monto de la pensión alimenticia

535 Exp. 2483-81 / Ica.

536 Exp. 3547-79 / Ancash.

a favor de la menor ..., por lo que, es del caso hacer uso de la facultad conferida por el art. 1086, inciso tercero, in fine, del Código de Procedimientos Civiles; que procede regularse en forma prudencial y equitativa los alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el art. 449 del Código Civil: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. [...] y completando la resolución recurrida: fijaron en ...la pensión alimenticia a favor de la indicada menor.

El actual ordenamiento procesal en su art. 172, posibilita la integración del fallo por el Superior, por lo que en los casos de haberse omitido pronunciamiento respecto a los alimentos de menores de edad, es posible su fijación en la resolución de revisión.

Como puede distinguirse, es en esta parte referida al destino personal y económico de los menores, en donde la ley establece reglas de contenido sumamente flexibles, concediendo a los jueces amplísimas facultades, confiando que en su prudente juicio puedan encontrar las condiciones más favorables que garanticen, en lo posible, la mayor seguridad de los hijos en el futuro; quienes, como sabemos suelen ser los más afectados con el divorcio de sus padres, siendo de ese modo el probable carácter punitivo de dichas medidas sólo un efecto secundario, en un problema de mayor trascendencia.