



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL POR  
ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL  
CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL  
MATRIMONIO**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**Autor:**

**Bach. Jerí Díaz Melissa Margot**

**<https://orcid.org/0000-0002-2017-998X>**

**Asesor:**

**Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis**

**<https://orcid.org/0000-0002-3662-3328>**

**Línea de Investigación:**

**Ciencias jurídicas**

**Pimentel – Perú**

**2021**

**Aprobación del Jurado:**

---

Dr. Jorge Luis Idrogo Pérez  
**PRESIDENTE**

---

Mg. José Francisco Estela Campos  
**SECRETARIO**

---

Mg. Wilmer Cesar Enrique Cueva Ruesta  
**VOCAL**

## **Dedicatoria:**

Por mi familia, gracias a todos ellos por todo lo que me han enseñado a mis padres y hermanos por creer en mí, por mostrarme que no es válido rendirse y siempre se debe perseverar, a mi esposo por apoyarme en cada momento, sus valores, por sus consejos, por la constante motivación que me hace posible culminar esta etapa de vida. Gracias.

## **Agradecimiento:**

Agradezco a mis maestros por su guía constante, a mis compañeros aportando siempre de manera positiva a mi vida y a la universidad por todos los conocimientos brindados que hacen posible hoy este título profesional.

## Resumen

En el Perú, la causal de divorcio que describe a “la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio” fue modificada por la Ley N° 27495 promulgada en el año 2001, en donde se cambiaba la denominación de “Enfermedad venérea por ETS”, sin embargo, pese a las modificaciones surgidas aún existe un vacío legal en cuanto a la responsabilidad del cónyuge infectado. En la presente investigación titulada “**DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL POR ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**”. La investigación tuvo como problema ¿Cómo excluir como causal de divorcio la enfermedad peligrosa de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio? Con el objetivo de tener las bases suficientes para poder proponer una modificatoria a la actual tipificación del Artículo 349 del Código civil para excluir como causal de divorcio la grave enfermedad de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio , a través de una propuesta legislativa que modifique dicho artículo con la finalidad de establecer que solo será causal de divorcio el inciso 8 del artículo 333, si la enfermedad grave de transmisión sexual adquirida posteriormente a ser celebrado el matrimonio sea consecuencia de una actitud dolosa de la parte demandada, con el fin de garantizar el derecho a un trato igualitario y justo dentro de los procesos judiciales de divorcio. Mediante una investigación descriptiva, explicativa, mixta, propositiva, no experimental, en una población de 173 participantes entre Jueces y abogados en Derecho civil, especialistas en temas de familia pertenecientes al Distrito Judicial de Chiclayo. Obteniendo como algunos resultados que los informantes encuestados consideran injusto que se produzca los mismos efectos para el cónyuge infectado por algún caso fortuito, del que fue infectado por su propio actuar irresponsable. Concluyendo que es necesario la modificación del Artículo 349 del Código civil para excluir como causales de divorcio los casos contraídos de manera extrasexual, con la finalidad de garantizar sus derechos a ser tratado de manera justa e igualitaria dentro de los procesos judiciales de divorcio.

**Palabras claves:** Divorcio, Dolo, ETS, vínculo matrimonial

## Abstract

In Peru, the grounds for divorce that describe "the serious sexually transmitted disease contracted after the celebration of the marriage" was modified by Law No. 27495 promulgated in 2001, which changed the name of "venereal disease due to STDs", however, despite the modifications that have arisen, there is still a legal vacuum regarding the responsibility of the infected spouse. In the present investigation entitled "DISSOLUTION OF THE MARRIAGE TIE DUE TO SERIOUS DISEASE OF SEXUAL TRANSMISSION CONTRACTED AFTER THE CELEBRATION OF THE MARRIAGE". The investigation had as a problem: How to exclude as a cause for divorce the dangerous sexually transmitted disease acquired in a culpable way after the celebration of the marriage? In order to have sufficient bases to be able to propose an amendment to the current classification of Article 349 of the Civil Code to exclude as grounds for divorce the serious sexually transmitted disease acquired in a culpable manner after the celebration of the marriage, through a legislative proposal that modifies said article in order to establish that paragraph 8 of article 333 will only be grounds for divorce, if the serious sexually transmitted disease acquired after the marriage is a consequence of a fraudulent attitude of the defendant, with in order to guarantee the right to equal and fair treatment within the divorce judicial processes Through descriptive, explanatory, mixed, propositional, non-experimental research, in a population of 173 participants between Judges and lawyers in civil law, specialists in family matters belonging to the Judicial District of Chiclayo. Obtaining as some results that the surveyed informants consider unfair that the same effects are produced for the spouse infected by some fortuitous event, from which he was infected by his own irresponsible act. Concluding that the modification of Article 349 of the Civil Code is necessary to exclude as grounds for divorce cases contracted extrasexually, in order to guarantee their rights to be treated fairly and equally within the divorce judicial

**Keywords:** Divorce, Dolo, ETS, marriage link.

# ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	9
1.1. Realidad Problemática.....	10
1.2. Antecedentes del Estudio.....	14
1.3. Teorías relacionadas al Tema.....	25
1.3.1. El Matrimonio.....	25
1.3.1.1. Etimología.....	25
1.3.1.2. Definición.....	26
1.3.1.3. Naturaleza Jurídica.....	28
1.3.1.4. Caracteres.....	32
1.3.1.5. Finalidad.....	34
1.3.1.6. Elementos.....	36
1.3.1.7. Sujetos.....	36
1.3.2. El Divorcio.....	37
1.3.2.1. Etimología.....	37
1.3.2.2. Concepto.....	37
1.3.2.3. Características.....	38
1.3.2.4. Efectos.....	39
1.3.2.5. Teorías del divorcio.....	40
1.3.2.6. Causales de divorcio.....	42
1.3.2.7. Divorcio en la legislación comparada.....	50
1.3.3. Enfermedad grave de transmisión sexual adquirida después del matrimonio como causal de divorcio.....	55
1.3.3.1. Concepto de ETS.....	55
1.3.3.2. Antecedentes y regulación según el código Civil Vigente.....	59
1.3.3.3. Aspectos procesales derivados.....	62
1.3.3.4. Efectos del divorcio.....	64
1.4. Formulación del problema.....	67
1.5. Justificación e importancia.....	68
1.6. Hipótesis.....	69

1.7. Objetivos.....	69
II. MATERIAL Y MÉTODOS.....	71
2.1. Tipo y Diseño de Investigación.....	71
2.1.1. Tipo de Investigación.....	71
2.1.2. Diseño de Investigación.....	72
2.2. Población y muestra.....	72
2.3. Variables y Operacionalización.....	73
2.3.1. Variables.....	73
2.3.1.1. Variable Dependiente.....	73
2.3.1.2. Variable Independiente.....	73
2.3.2. Operacionalización de Variables.....	73
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.....	74
2.5. Procedimientos de análisis de datos.....	74
2.6. Aspectos Éticos.....	75
2.7. Criterios de Rigor científico.....	75
III. RESULTADOS.....	76
3.1. Resultados en Tablas y Figuras.....	76
3.2. Discusión de Resultados.....	85
3.3. Aporte Práctico.....	91
IV. CONCLUSIONES.....	95
V. RECOMENDACIONES.....	97
REFERENCIAS.....	98
ANEXOS.....	102



## I. INTRODUCCIÓN

Muchos siglos antes Carlo Magno señaló al individuo como un ser conyugal. Esto se establece basándose en que el hombre es un ser social que no se une únicamente en comunidad de tipo parental, sino que también lo hace con un sujeto del sexo opuesto teniendo como fin lograr su desarrollo. En casos como estos, el Derecho se muestra de acuerdo con las uniones descritas, relacionando el primero con la familia y el segundo con el matrimonio como institución. Por esta razón se promueve y promociona, la relación de oposición entre matrimonio y divorcio, por parte del Derecho natural.

Ashley Montagn, referido al tema, revela que “el matrimonio puede ser definido básicamente como una alianza social formada por el hombre y la mujer que se afilian en la suposición de permanencia” (**Montagn, 1962, p. 143**). Donde la permanencia en matrimonio no será concebida como regla ya sea absoluta o general, ya que el matrimonio podría hacerse débil dejando de alcanzar su finalidad, a partir de aquí es que el Derecho instituye el divorcio, como la manera de finalizar el matrimonio, juntamente con el caso de muerte o acto celestial. Alguno de las condiciones causantes de divorcio regulados por el Código Civil actual de nuestro país, es la nombrada enfermedad grave transmitida por acto sexual. En relación a este tema, nos concentraremos en un estudio preparatorio sobre el matrimonio, posterior a este, la aparición del divorcio y como se desarrolla sus causales. Siendo una de ellas las enfermedades graves transmitidas sexualmente. Con respecto a esta afirmación, estudiaremos el fundamento legal en relación con la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional. Esto nos lleva a analizar lo trascendental de la eugenesia en el vínculo matrimonial y la finalidad que tuvo el legislador para proteger al cónyuge sano y los descendientes potenciales.

## 1.1. Realidad Problemática

A nivel internacional, en la legislación tanto española, colombiana, Boliviana y de Guatemala se habla del divorcio teniendo como causales la enfermedad grave de uno de los cónyuges poniendo en riesgo la salud del otro, en Colombia existen investigaciones inclusive las referidas a teología psicología y filosofía como la de Vallejos, Gil y Ramirez en la que describe la Bioética para resaltar la práctica de la justicia en el ser humano siendo en este caso específico el no vivir una sexualidad responsable y ocultar información poniendo en riesgo al otro, siendo un acto injusto que causa el término de la relación marital además de la destrucción de la vida corporal, pero es en la legislación Española en el portal [legaltoday.com](http://legaltoday.com) (12/11/2012) que profundizan en el tema, describe acerca de ser contagiado de afecciones adquirida por transmisión sexual durante el matrimonio, preguntándose si es indemnizable a ser amparado por el art. 98 del Código Civil Español, el cual refiere se debe resarcir daños que se producen en el terreno moral, pudiendo provocar que el matrimonio se anule según sea quien acudió confiadamente, siendo afectado, sin ser culpa suya, viendo frustrados sus planes de vida común que ha sido cancelado. En casos como estos no se puede decir tampoco suponer, que el litigante actúa de buena fe. Por esta razón, el comportamiento repetitivo será considerada, mínimo como negligente teniéndose como consecuencias lo referido a anular el vínculo matrimonial y la posible reparación de indemnización descrita en el art. 98 CC queda restringido al daño moral que se causa a quien, con buena fe, creyó construir su proyecto de vida en matrimonio mediante un vínculo que después se revela como no existente o no válido por causas imputables al otro futuro cónyuge, e ignoradas por el primero.

En Chile y Argentina se habla de la responsabilidad civil que debe recaer en los responsables de la transmisión de enfermedades sexuales graves de manera dolosa, pudiendo producir daños en la salud de otras personas, autorizando que al afectado se le resarza el daño sufrido.

En el Estado Peruano existen trece causales para que cualquier de los esposales de manera justificada pueda solicitar el Divorcio ante el Estado

Peruano, todas ellas estipuladas en el Código Civil artículos 333 y 349; y dentro de estas causales nos encontramos con “La enfermedad grave adquirida por transmisión sexual posterior a haberse celebrado el matrimonio”, dicha causal surge a raíz de la creciente ola de enfermedades de Transmisión sexual que ha habido en los últimos siglos; sin embargo pese que su creación data de fechas recientes se puede observar antecedentes notables en legislaciones extranjeras, como por ejemplo en EEUU antes de la llegada del siglo 20 se regulaba como causal de separación la enfermedad mental sobrevenida e incurable que padezca uno de los cónyuges.

En nuestra legislación esta causal se regula específicamente a través del artículo 2 de la Ley N° 27495 con la variación en el Código civil y su artículo 333 inciso 8 que dice a continuación: "La enfermedad grave adquirida mediante transmisión sexual posteriormente a ser celebrado el matrimonio"; siendo así que se refiere a la enfermedad grave producida por transmisión venérea adquirida posteriormente a ser realizado el matrimonio.

La reforma se encuentra acorde con los razonamientos de la OMS (Organización Mundial de la Salud), instituyendo en el año 1975 el nombre de ETS o también llamadas enfermedades de transmisión sexual para todas aquellas afecciones que se obtienen mediante unión sexual directa, distintamente al hecho que existen algunos casos obtenidos de otras maneras (instrumentos quirúrgicos, heridas, sangre, etc.), y se distinguen de enfermedades de tipo parasitaria e infecciosa por presentar el componente sexual.

Si la causal se soporta en el gran riesgo que causaría la enfermedad producto de transmisión sexual de un cónyuges a la salud tanto del cónyuge saludable y sus hijos; no debemos dejar de considerar que esta causal se enmarca en el sistema del divorcio sanción, es por este motivo, importante certificar la imputabilidad del esposo que tiene la enfermedad.

En efecto, no es suficiente probar que se ha adquirido la enfermedad de transmisión sexual posterior a la celebración del matrimonio; sino también es

importante, certificarse que la adquisición de esta presume una culpabilidad o actitud de dolo del consorte al que se atribuye la enfermedad. Debemos recordar que las causales de divorcio con culpa llevan comúnmente por peculiaridad y requerimiento la imputabilidad, esto quiere decir que los actos ocurridos deben resultar de una actitud con culpabilidad o dolo a cargo del cónyuge al que se le atribuye la enfermedad, lo que indica una conducta responsable y consciente.

Por esta razón y si la normatividad no diferencia, entre enfermedad adquirida a través de transmisión sexual o por una manera diferente extra-sexual (extraordinariamente podría ocurrir)", resulta estas consideraciones para atender a las particularidades del divorcio sanción o del sistema de tipo subjetivo que le corresponde dicha causal. Soportándose en el deber de apoyo recíproco que se asigna en el matrimonio y reclama atención adecuada al consorte inimputable que se encuentra enfermo. De esta forma lo sustenta Carmen Julia Cabello, añadiendo que no se sanciona al cónyuge por haber sido infiel como causal, sea esta adulterio u homosexualidad.

En estos casos, no es considerada causal si se produjo contagio a causa de un acto sexual sin consentimiento o producto de la transfusión sanguínea con contaminación como ejemplos. Por esto razón el divorcio y la demanda para el pedido de separación de cuerpos está lista siempre que persistan los actos que la ocasionan. La recuperación del enfermo implica la inexistencia de la causal inicial.

El portal peruano laley.pe (29/07/2016) describe la siguiente situación en la que el Cónyuge estará en potestad de pedir el divorcio por ETS aunque ya se produjera su contagio, el consorte que posterior a haberse producido el matrimonio adquiere una enfermedad de gravedad por medio de transmisión sexual (ETS) será capaz de solicitar el divorcio si es que le fue contagiado por el otro esta enfermedad. La causal en caso de enfermedad grave adquirida posterior a la celebración del matrimonio no solo tiene como fin la protección del cónyuge saludable y a la descendencia, haciendo posible que no es necesario que el consorte demandante este en optimo estado de salud para que proceda su demanda planteada.

En la localidad de Ica se presentó en la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en el momento de dar resolución a la Casación N° 2503-2014- Ica que fue divulgada en el diario oficial El Peruano del 30 de junio del 2016., un caso de una fémina que presentó la demanda de divorcio por la causal de enfermedad de transmisión sexual grave, que fue reconocida por ella luego de practicarse los correspondientes análisis clínicos. Argumentando que previo a iniciarse su vida en sexualidad con el actual esposo no sufrió de ETS de ningún tipo. Por otro lado, señala que el cónyuge demandado tiene el virus de Herpes tipo II causando los típicos síntomas de la enfermedad descritos en pruebas clínicas elaboradas por una ONG a su pareja.

Por otro lado, el cónyuge demandado al dar respuesta a la demanda, argumenta que previo a celebrar el matrimonio civil se realizaron exámenes clínicos, resultando negativo en todos ellos. Además, indica que su cónyuge conservaba aun relaciones “subidas de tono” con el ex enamorado.

En la primera instancia, se da a conocer el caso, expidiendo sentencia, siendo declarada infundada esta demanda debido a que no se pudo certificar quien fue el que adquirió la enfermedad primero.

Luego de ser la sentencia apelada, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Ica, hizo la reforma del fallo declarando improcedente esta demanda. Señalando que era insostenible conocer si la causal de enfermedad grave fue adquirida posterior a celebrarse de matrimonio según inc. 8 del artículo 333 por el accionante, ya que de esta manera busca brindar protección al cónyuge saludable y a la descendencia, que de acuerdo al Colegiado, en este caso no se presenta, pues ambos tanto demandante como demandado padecían la misma enfermedad y no era posible determinar quién habría causado el contagio del otro.

En sede casatoria, fueron usadas como argumentos por los jueces supremos (obiter dictum) que no es obligatorio que el que demande una enfermedad grave como causal de divorcio siendo esta adquirida posterior a la celebración del matrimonio, se encuentre saludable mientras que el otro cónyuge deba padecer

una enfermedad. También se señaló que dicha sentencia reemitida por el ad quem resulta siendo improcedente desde el instante que no resuelve el fondo del tema.

De esta manera, de acuerdo a lo descrito por los magistrados supremos, se pasa a identificar quién fue el que transgredió los deberes conyugales y derivado de esto, quién contrajo la ETS y la contagió al otro cónyuge, debido a esto indicaron que no se ha ejercido los medios para probar el hecho probatorio que se necesita, como ejemplo usando las historias clínicas pertenecientes al demandado, o mediante una orden especializada para realizar la pericia médica, y determinar la fecha de contagio aproximada.

El tribunal supremo resolvió declarar fundado el recurso de casación, también queda nula la sentencia de vista e insubsistente la apelada, se ordena al juez de la causa emita un nuevo fallo al haber advertido motivación incongruente e insuficientes en las sentencias de segunda y primera instancia respectivamente. (Anexo 5)

## **1.2. Antecedentes del estudio**

### **INTERNACIONAL**

**Ruiz (2017)** en la tesis que lleva como título “El divorcio en Colombia y su relación con el posicionamiento social de la mujer”:

Con el objetivo determinar cuál es la relación entre el divorcio y la posición social de la mujer, partiendo del matrimonio y el divorcio como instituciones sociales, siendo una investigación descriptiva no experimental, concluyendo en este caso, que la Corte ha fundamentado su decisión destacando las circunstancias para que así se considere la sexta causal de divorcio por concurrencia. No es suficiente la incapacidad o enfermedad grave y sin cura sufrida por uno de los esposos dañe la salud mental o física del otro esposo.

No es suficiente que esta incapacidad o enfermedad haga improbable la sociedad en matrimonio. Que ocurra solo una condición no será suficiente para demandar el divorcio. Las dos circunstancias tienen que suceder así el juez podrá disolver el matrimonio y el legislador hace que el divorcio por razones de enfermedad o incapacidad sea exigente.

Esta investigación describe que al igual que en nuestra legislación toman en cuenta en Colombia, país vecino, las enfermedades graves como condiciones para solicitar el divorcio, pero aún falta darle el peso de responsabilidad que le corresponde al cónyuge causante de haber contraído esta enfermedad grave por actitud dolosa, protegiendo así al otro cónyuge, ya que en ese país al igual que en el nuestro existe una cultura muy machista, teniendo la superioridad del hombre como base en sus sociedades, que ha ocasionado la falta sufrida por la mujer de protección de sus derechos por muchos años, teniendo cambios que la protejan recién en estos últimos tiempos.

**González (2016)** en el artículo “Aspectos jurídicos del divorcio difícil”, presentado en la Revista Actualización en Pediatría Jurídica (España); donde se concluye:

Al terminarse la convivencia se presume la finalización de una pareja que no se encuentra casada. Las leyes establecen que todos los descendientes tienen iguales obligaciones y derechos de los progenitores que conviven y los que contrajeron matrimonio son iguales referido a sus hijos menores de edad, sin ser importante que hayan convivido o no y estén o no registrados como pareja de hecho. Cuando la separación se produce por vía judicial se refiere al término de la convivencia de una pareja que estuvo casada. Es por esto que no pueden contraer matrimonio nuevamente pues su vínculo conyugal aun continua. El divorcio presume el término del vínculo matrimonial y admite la celebración de un matrimonio nuevo.

Estas tres situaciones descritas anteriormente tienen efectos jurídicos muy parecidos y pueden ser regulados de forma contenciosa o por común acuerdo. Si se produce por acuerdo común, se presentará al juez un documento emitido por los progenitores llamado convenio regulador en el que se especifica la nueva forma en la que se organiza la familia (refiriéndose a la custodia de los hijos, uso de la vivienda familiar, régimen de visitas y pensión alimenticia), y el juez dictará sentencia poniendo fin a la convivencia, el divorcio o la separación y dando por aprobado el convenio. El juez también dicta sentencia en los supuestos contenciosos y a falta de acuerdos entre cónyuges, él mismo será quien establezca los efectos jurídicos producto de la finalización del vínculo.

Este artículo es relevante para esta investigación pues nos describen el divorcio como tal, concepto clave de nuestra investigación y las responsabilidades que resultan de la disolución de este vínculo.

**Delgado (2013)**, en la investigación denominada “Divorcio unilateral, aproximaciones a una causal taxativa a partir del matrimonio como contrato en el código civil colombiano”, presentada en Universidad Santo Tomás en Colombia:

El objetivo de la investigación es interpretar la causal número dos de divorcio del artículo 154 del Código Civil y realizar una ponderación de derechos fundamentales, a saber el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la familia. El matrimonio de forma tácita lleva los mismos requerimientos de cualquier contrato, la ley induce los deberes y obligaciones que se deben tener presentes en la realización de éste, basándose el negocio jurídico de este contrato de matrimonio en las obligaciones y finalidades según el Código Civil, se concluye que si estos fines no se realizan, basándose del negocio jurídico del contrato del matrimonio se rompe, dando oportunidad de una indemnización que debe ser cubierta por el cónyuge que no ha cumplido, lo que lleva a decir que los deberes, obligaciones y



finalidades del matrimonio a ser cumplidos, deben llevar a una posible indemnización y no para otorgar el divorcio.

Esta investigación nos es relevante pues nos mostró el matrimonio y su estudio como un contrato, al no dar cumplimiento por una de las partes al dar fin de manera unilateral al vínculo jurídico, dará lugar a que el cónyuge que finaliza el contrato debe pagar una indemnización y así no obligar a continuar con la unión al cónyuge que desea la disolución.

**Vargas (2013)**, en la tesis denominada “Enfermedades de transmisión sexual: responsabilidad de quienes las padecen en cuanto a su propagación”, presentada para obtener su grado como Licenciada en Derecho en la Universidad Andrés Bello de Chile:

Con el objetivo de crear en Chile la figura del contagio como un delito, y de esta manera evitar propagación de ETS y además sancionar a las personas que las provocan con sus conductas. En una investigación descriptiva, llegando a las siguientes conclusiones: las enfermedades adquiridas por trasmisión sexual son para nuestra sociedad un gran flagelo, y esta es la razón que según nuestro criterio debe evitarse por todos los medios, pues tienen como resultado daños muy graves a la persona contagiada y a su entorno social, provocando un gran deterioro en su salud además de su vida diaria. Cuando se habla de adquirir por contagio enfermedades sexuales estamos haciendo referencia al acceso carnal que menciona el código penal en el art 361 que hace referencia a los accesos ya sea por vía bucal, anal o vaginal.

Con esta investigación podemos decir que al igual que en otros países en el nuestro aún no existe una figura legal que admita la sanción a estas conductas que dañan a los individuos mediante la transmisión sexual de ETS, sea debido a un descuido al no realizas medidas para prevenir el contagio por actitudes culposas, o cuando el sujeto

infectado tenga relaciones sexuales con la finalidad de producirle daños a su pareja sexual por actitudes dolosas.

**Moisset (2012)**, en una de su investigación denominada “Responsabilidad civil del sida en el matrimonio”, presentada La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en la Revista ACADER de Argentina; donde se concluye:

Es sabido que el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida también conocida como SIDA, es uno de los padecimientos que provoca consecuencias jurídicas durante el matrimonio; es por esto importante aclarar la forma en la que el cónyuge contrajo la enfermedad pues puede ser responsabilidad del infectado o deberse a un caso fortuito. Si hay responsabilidad por parte del cónyuge, estaremos hablando de casos de adulterio o se trataría de injuria grave por omisión, si el contagio fue a causa de relaciones sexuales con otra persona del sexo opuesto, quedará tipificada la primera causal; caso contrario, si el infectado obró con culpa, pero el contagio no fue a causa de una relación sexual, la causa tipificada será la de injuria grave por omisión. En ambos casos, se podrán aplicar las causales subjetivas de divorcio vincular o de separación personal según el art. 202 del Código Civil, siendo en el primer caso de aplicación el inc. 1º referente al adulterio y en la segunda el inc. 4º correspondiente a las injurias graves.

Esta investigación es relevante ya que describe al SIDA como objeto de estudio pues consiste en una causal objetiva de separación personal siendo uno de los cónyuges el que tiene facultad para pedir la separación personal a causa de la imposibilidad que ocasiona para llevar una vida común tanto con el cónyuge como con los hijos.

**Samos (2009)** En su artículo denominado “Divorcio en el Código de las Familias y del Proceso Familiar”; presentado en la Revista Jurídica de la Universidad Mayor de San Andrés de Bolivia; donde se concluye:

En la doctrina del Derecho de Familia, se describe aquellas motivos o causas que pueden provocar un divorcio, considerándose las situaciones en las que el matrimonio, independiente a la culpabilidad o la no culpabilidad de uno o de los dos esposos, ya no le sea posible cumplir con la función que la sociedad y el Estado le imputa; es el caso que la sociedad matrimonial no haya podido llevar a cabo los fines para los que fue creada y existiendo ahora una razón subjetiva para el divorcio; estamos hablando de un divorcio que soluciona poniendo fin a esas uniones matrimoniales que no pueden prolongarse y que pone de manifiesto el quiebre matrimonial. Existen otras motivos o causales de divorcio en los que se dice que es posible sólo influyendo una falta que se atribuye a un cónyuge que es el culpable y el otro es el inocente.

Estamos frente a una investigación que se relaciona con esta, pues pone las causales de divorcio sanción, debido a que uno de los esposos es el que cometió uno o varios actos, autorizando al otro que se siente dañado, perjudicado, lesionado, para solicitar la desvinculación del matrimonio.

## **NACIONAL**

**Galdos (2016)** en la tesis denominada “Los fines del proceso y el divorcio por causales”, emitida para obtener el grado de Abogada de la Universidad Andina del Cuzco en Cuzco:

Con el objetivo de Determinar si la regulación jurídica de instituto jurídicamente el divorcio en el Código Civil Peruano transgrede los fines abstractos del proceso judicial. En esta investigación de tipo descriptiva se concluye que el fin del legislador es brindar protección al cónyuge saludable y, considerar que la transmisión debe ser de tipo sexual, pudiendo en algunos casos estar vinculado con el cometer

adulterio, que presenta una norma propia, por lo que supuestamente estaría tomando dos veces las mismas causales.

Para nuestra investigación no creemos que esto sea cierto como un todo, debido a que la transmisión de una enfermedad a causa de transmisión sexual, puede producirse inclusive por otras distintas circunstancias. Esta investigación como fuente de información, mostrándonos que si estamos intentando salvaguardar al consorte que se encuentra saludable no es necesaria esta causal, que según el artículo 347 del Código Civil señala: En los casos de enfermedad de índole mental o de tipo contagiosa de uno de los consortes, el otro cónyuge podrá solicitar se finalice el contrato de llevar vida común, manteniéndose aun todas las otras obligaciones que se tiene con el cónyuge.

Creemos que se hace posible conseguir las pruebas por el demandante, ya que es más factible probar que existe la enfermedad que obtener pruebas del adulterio tal como es. Al mismo tiempo, estos artículos hacen posible que enfermedades de cuidado como son el sida, sean consideradas como una causal de divorcio o separación legal.

**Juárez (2013)** en la tesis denominada “La prohibición de contraer matrimonio entre personas portadoras del VIH previsto en el artículo 241 inciso 2 del código civil y la vulneración del derecho a la igualdad”, realizada para alcanzar su grado como Abogada en la Universidad Cesar Vallejos (La Libertad):

Tiene como objetivo determinar si la prohibición de contraer matrimonio entre personas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) previamente infectadas, visto en 241, 2 de la norma civil, está afectando el derecho a la igualdad. Mediante una investigación no experimental, explicativa, teniendo como Población los profesores de derecho civil de la ciudad de Trujillo, obteniendo como resultados que para el matrimonio son varios los impedimentos para que se lleve a

cabo el acto ceremonial, entre ellos tenemos una enfermedad acreditada por un especialista. Si a pesar de la existencia de esta la ceremonia se llega a realizar se estaría produciendo con ineficacia por lo tanto habría nulidad en este matrimonio. Concluyendo que en nuestra legislación civil en la actualidad vigente, no concibe se produzca matrimonio entre personas que sufran una enfermedad como lo es el VIH/SIDA, argumentando que se brinda protección a la integridad física de los contrayentes y de los descendientes, este argumento llega actualmente a ser obsoleto siempre que los avances en medicina han concluido que al estar dos personas con esta misma enfermedad podrán llevar una vida en común, toda vez que sigan un tratamiento y controles médicos, refiriéndonos a la descendencia se ha concluido que el VIH/SIDA no se transfiere por sucesión, llevando un adecuado tratamiento se puede lograr que los hijos no se infecten de esta enfermedad.

Esta investigación aporta por defender los derechos de bienestar y libre desarrollo, sin discriminar por enfermedades que estos sufran siempre y cuando conocen de ellas previo al matrimonio y sean conscientes de lo que estas conllevan.

**Castillo y Torres (2013)**, en el artículo denominado “Análisis de la enfermedad grave de transmisión sexual como causal de divorcio”, presentado en la Revista Gaceta Jurídica; donde se concluye:

En el supuesto que una enfermedad grave que sea transmitida sexualmente, y que genere un interés legítimo provocando como uno de sus efectos la solicitud de la tutela jurisdiccional emitida por uno de los consortes siendo necesario demostrar los siguientes requisitos: a) El tipo de enfermedad debe obligatoriamente ser grave y transmitida sexualmente, quiere decir que pone en riesgo la integridad del otro consorte y además perjudicaría a los sucesores y su salud. b) Se debió obtener posterior a ser realizado la unión matrimonial. Para los

dos casos, es necesario un certificado médico o informe realizado por perito. Creemos que no basta certificar que el consorte demandante sufre de una enfermedad contraída mediante acto sexual posterior al matrimonio, sino principalmente se requiere la seguridad que el cónyuge sea, el emplazado. Por esta razón, es el demandante quien tiene la responsabilidad de la prueba y no el demandado.

Aportando así a los principios básicos de la investigación aquí presentada, profundizando en la enfermedad grave de transmisión sexual que haya sido adquirida posterior al matrimonio de forma sexual como una causal para obtener el divorcio.

**Osterling y Castillo (2003)**, en el artículo denominado “Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad”, presentado en la Revista Derecho y Sociedad de la PUCP; donde se concluye:

A causa de la responsabilidad e inmerso en la hipótesis de la culpa, es necesario distinguir dos sucesos en relación al factor de atribución:

1. Que la transmisión haya sido culposa, esto quiere decir, que haya sido consecuencia de actuar con negligencia por parte del sujeto portador de este virus. Podría ir conducido por la culpabilidad de la víctima que, a pesar de saber el estado de salud del otro, tuvo relaciones sexuales sin utilizar las medidas de defensa recomendadas, lo que presume la eximición de la causal de responsabilidad o, en todo caso, una causal de exoneración parcial.
2. Que la transmisión sea con dolo, pudiendo abarcar el dolo eventual y el dolo directo. El primer caso involucra que la persona causante tenía por propósito dañar. El segundo caso, se produce al mantener relaciones sexuales encubriendo la enfermedad sin la intención de causar algún daño.

En este artículo se define la responsabilidad civil que tiene la persona que transmite la enfermedad sea con dolo o no, esto es el sentido de

la investigación, tener claro estos conceptos y así defender los derechos de los involucrados.

**Cabello (2001)**, en el artículo denominado “Divorcio ¿remedio en el Perú?”, presentado en la Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP; donde se concluye:

Debemos preguntarnos si el SIDA es en todas las circunstancias causal para emitir el divorcio, o para que lo sea debe haberse contraído de manera culposa como resultado de relaciones sexuales fuera del matrimonio, las perspectivas son opuestas, algunos consideran que al tratarse de una causal inculpatoria, debe provenir por causas imputables a la persona exceptuándolo de las supuestas enfermedades debido a transfusión sanguínea, accidente en el trabajo o a causa de relaciones sexuales no consentidas, debería prevalecer la obligación de asistencia y auxilio mutuo que se deben los esposos. Por otro lado, las perspectivas opuestas ameritan que esta causal no sanciona la procedencia que origino la enfermedad, por esta razón se formulan otras causas, como son el adulterio, las conductas deshonorosas o la homosexualidad que sucede después del matrimonio, y por esto es una causal que soluciona el hecho de la imposibilidad de vida conyugal debido al peligro que corre la salud que afectaría al cónyuge y la descendencia, conservando la forma de razonamiento similar sustentando esta causa en su fórmula original.

Al igual que la anterior este artículo este artículo es de interés, pues nos describe la responsabilidad de transmitir el SIDA, de manera culposa mediante transmisión sexual, exceptuando los casos de contagio por otras formas extra-sexuales.

## LOCAL

**Gómez (2015)**, en la tesis denominada “Los modelos legislativos del divorcio sanción vs. Divorcio remedio según el ordenamiento peruano”, presentada para alcanzar el grado de Abogada en la Universidad Señor de Sipán (Chiclayo):

Cuyo objetivo analizó y demostró la necesidad modificar el Artículo 348-A; con intensión existente de instituir causales para los modelos legislativos del divorcio remedio versus el divorcio sanción según la legislación peruana, contando con un marco referencial que estableció: Planteamientos teóricos relacionados con los temas de divorcio sanción y divorcio remedio, normas, y de legislación comparada con la finalidad de encontrar las causas del problema, de esta manera obtener bases o fundamentos que nos permitan formular recomendaciones, para contribuir a mejorar estos modelos legislativos, que se encuentran en estudio. Mediante esta investigación Aplicada o fáctica, Explicativa y Causal, encuestando a jueces de salas civiles y abogados de Chiclayo, obteniendo como resultados que en su mayoría no aplican los planteamientos teóricos respecto a divorcio sanción o divorcio remedio, debido en la mayoría de los casos no ser aplicables o son de aplicación difícil. Concluyendo que el juez no aprueba la disolución de matrimonio mediante divorcio si se contrajo una enfermedad que no es grave o es de rápida curación, excepto se demuestre que fue a causa de infidelidad, en estos casos lo que se condenará es el adulterio. Al incluirla como causal de separación de cuerpos o de divorcio como medida profiláctica, pues la ley tiene como intensión frenar la convivencia matrimonial entre un sano y un enfermo ya que es muy peligrosa y contagiosa, además de ser transmitida a los hijos y puede generar una descendencia con problemas o enfermedades. Los motivos de esta causal son la transgresión del principio de la eugenesia y además de la fidelidad.



Esta investigación describe algunas de las maneras en la que se podría dar justicia en casos de enfermedades de transmisión sexual grave adquiridas por actitud dolosa, apelando a la justicia y protección de los derechos del afectado.

### **1.3. Teorías relacionadas al tema**

#### **1.3.1. El Matrimonio.**

##### **1.3.1.1. Etimología.**

Etimológicamente el significado de matrimonio no será igual. Es dicho que procede de *matrimonium* este vocablo está formada de *matris*, madre y *munium*, carga o gravamen, ubicando a la esposa en su labor natural de procreación, embarazo, parto además de la crianza de los hijos (**Partida 4ª T. II, ley 2ª**). Es la madre quien administra la familia y quien carga de inicio a fin con la mayor responsabilidad y dolor.

Castán y Tobeñas (1914) no le atribuye esta correlación con las mujeres, señalando que existe en casi la totalidad de las lenguas románticas, para hablar de la unión matrimonial, son términos similares que derivan del *maritare*, es una forma latina verbal de *maritus*, o marido, de *mas*, *maris*, el varón; cual sea la procedencia de la palabra matrimonio constantemente es relacionada con la imagen de madre (**p. 48**).

Algunos autores afirman que deriva de *matrem* y *muniens* lo que decir de la defensa y protección que merece la mujer de su marido (**Méndez y D´Antonio, 1996, p. 923**) el reconocimiento legítimo de ser la madre de sus hijos (**Sambrizzi, 2005, p. 305**).

### **1.3.1.2. Definición.**

#### *1.3.1.2.1. En la doctrina.*

Viene a ser una institución que brinda varias reflexiones tanto políticas, sociológicas e históricas, por esta razón no hay semejanza en las definiciones de las diferentes doctrinas, pues estos son transformables y deben adecuarse a los cambios que se producen en el tiempo en el ámbito social. Para fortalecer esto, debemos recordar las definiciones de un reciente pasado, conforme a las pautas que se aplican en ese momento, refiriéndose a la relación conyugal sólida. El matrimonio según su definición no es ni puede ser imperturbable, de la misma manera que sucede con los fenómenos sociales cuya visión cambia tanto en el espacio como en el tiempo **(Venosa, 2008, p. 25)**.

Modestino citado por Iglesias Juan (1982), define al matrimonio como: "Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium pnmis vitae divini el humani iuris comunicatio" al hacer la traducción significa "el matrimonio es cuando mujer y del hombre se unen para vivir en sociedad y en unión plena acorde al derecho humano y divino" **(p. 40)**.

Por su parte, Justiniano en las Institutas (538 d. J.) citado por Hernández Tejero (1959), expresó: "Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem continens" al traducir significaba "Nupcias es la alianza de la mujer y el hombre teniendo como propósito prolongar una vida en común..." **(p. 411)**.

Para el especialista en Derecho Canónico Juan Caviglioli (1947) el matrimonio es la "sociedad espiritual y física, invariable y excluyente, establecida por el consentimiento de la mujer y el varón, según el orden de la procreación y educación de la descendencia y considerada por Cristo a la naturaleza de sacramento" **(p. 244)**.

Sociológicamente, el matrimonio es institucionalizar la relación interpersonal entre dos personas siendo su soporte la unión intersexual de acuerdo a la ley. La sexología, dice acerca del matrimonio que es la acción legítima de los genitales. Según el Derecho es el acto jurídico relacionado a la familia celebrado por dos personas de sexos que se complementan con el fin de hacer vida común, educar y procrear a los descendientes. Según Gomes (2001) la definición de casamiento está dado en reseña a elementos espirituales o elementos morales más que conceptos jurídicos **(p. 55)**.

Azpiri (2005), opina que el matrimonio es cuando se une una mujer y un hombre, constituyendo la sociedad de vida regulada por el Derecho. De este concepto se recalca que el protocolo apunta a uniones de hecho y a ser una unión entre mujer y varón, descartando las alianzas homosexuales y la poligamia **(p. 66)**. Según Díez-Picazo y Gullón (1986), se refiere a la unión de una mujer y un hombre, establecida para toda vida mediante las determinadas ceremonias o formalismos legales que realiza una plena sociedad de existencia” **(p. 65)**.

Uno de los juristas de nuestro país es Emilio F. Valverde (1942), él piensa que el matrimonio según el Derecho de Familia es la fuente de mayor importancia jurídica por el que la mujer y el hombre que se encuentran en sociedad en unión duradera de vida, condenada según ley y complementada de manera recíproca dando cumplimiento a finalidades de la especie humana como son perpetuarse al tener descendencia **(p. 57)**.

Cornejo (1999) dice que el matrimonio, según el Derecho, se utiliza para describir el acto de la alianza conyugal, es decir, el compromiso asumido por los que contraen matrimonio para llevar a cabo los deberes que asigna el matrimonio como un estado **(p. 101)**. Plácido Vilcachagua (2002), declara que el término matrimonio alcanza tres significados diferentes, y solo dos de ellos tienen utilidad jurídica. En uno de ellos el matrimonio es el hecho de celebración; en otro sentido, es el estado que para los contribuyentes deriva de esta celebración; y, en un tercer sentido, es la dualidad conformada por ambos cónyuges. Los significados de interés jurídico son los dos iniciales, que recibieron según la doctrina francesa la

denominación de matrimonio-estado, (*in facto esse*) y matrimonio-fuente (o *matrimonio-acto, in fieri*) respectivamente. El Matrimonio-fuente es un acto jurídico teniendo como objetivo instaurar la relación jurídica de matrimonio; mientras que matrimonio-estado es una situación jurídica, para los esposos proviene de la celebración como acto **(p. 59)**.

#### 1.3.1.2.2. *En la Legislación.*

Según el Código Civil del año 1852 el matrimonio fue estimado como la alianza imperecedera de una mujer y un hombre formando sociedad legítima, con el propósito de hacer vida en común, llegando así a conservar la especie humana. Por otro lado, el Código Civil de 1936, obvia u omite el concepto de matrimonio, dejándola como tarea interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia; y haciendo referencia únicamente a los que contraerán matrimonio, consentimiento, impedimentos para celebrar matrimonio de los menores de edad, la celebración, nulidad, prueba, deberes y derechos, entre otros. El Código Civil de 1984 esclarece la visión de cómo se define la figura jurídica que indica: “El matrimonio es la alianza voluntariamente entre una mujer y un hombre legalmente capacitados y reglamentada según lo dispuesto por este Código, con el fin de hacer una vida juntos; manteniendo ambos tanto mujer y hombre autoridad en el hogar, deberes, derechos y las mismas responsabilidades y consideraciones **(D.L. 295, art. 234)**, de acuerdo al artículo 4 de la Constitución Política del Perú, este se refiere al principio de fomento del matrimonio. Lo distinto del matrimonio según los Códigos civiles del 52 y el 84 está fundado en la primera normativa que adiciona el elemento de la perennidad del matrimonio referido a la conservación de la especie, este escenario se deja de observarse en el Código del 84, indicando que la perennidad del matrimonio, perduraba a pesar de haberse divorciado los cónyuges, de acuerdo al pronosticó en el artículo 191 del Código Civil de 1852, refiriéndose al divorcio relativo o a la separación de cuerpos.

#### 1.3.1.3. **Naturaleza jurídica.**

##### 1.3.1.3.1. *Teoría Contractualista.*

Conocida también como teoría individualista y es seguida por Demolombe, Pothier, Colin, Josserand, Capitán, Pontes de Miranda, Clóvis Beviláqua y el peruano Vidaurre que, en el Proyecto de Código Civil, lo asemejó a un contrato civil y natural **(Citado por Ramos Núñez, 2003, p. 257)**, considerado como un contrato por el proyecto de Código Civil de 1847 **(Citado por Ramos Núñez, 2001, p. 289)**.

Sustentada por la Iglesia, y asimilada por la Escuela de Derecho Natural, es definida tal como contrato civil, aquí la disciplina es calificada como el negocio jurídico contractual. fue predominante entre los siglos XVII al XIX. En el Derecho Canónico, se considera al matrimonio como contrato natural y un sacramento a causa de la naturaleza humana. Las obligaciones y derechos que derivan de esta, se establecen en la naturaleza y no logran ser cambiarse por la autoridad o por las partes involucradas, al ser indisoluble y perdurable **(Planiol y Ripert, 1939, p. 147)**.

Esta teoría sostiene como un contrato al matrimonio, con correspondencia jurídica que prioriza la intención de ambas partes, teniendo las posibilidades de resolver económicamente y lograr los objetivos y los fines de la unión en matrimonio. Se considera un contrato de adhesión debido a que se establecen sus efectos en la ley, dejando de ser viable pretender estar en contra de estos. Estando inmersos en esa teoría se toma mayor interés al régimen patrimonial y las llamadas capitulaciones matrimoniales, siendo capaces los consortes de disponer sobre los bienes y acodar a cuál de los regímenes estarán sometidos, teniendo la capacidad, de instaurar aquel que sea más conveniente para sus intereses propios.

La posición de la teoría actual, está basada en el compromiso que se describe en los contratos sobre el patrimonio de ambas partes, sin afectar su estado, quienes se encuentran asociadas sentimental y jurídicamente, lo que nos hace concluir la presencia de una superior jerarquía del matrimonio relacionado con los contratos, presentándose en un formato más lineal, a cargo de Pontes de Miranda (2000), regulando la vida común matrimonial, señalándolo como un contrato de Derecho de Familia **(p. 229)**; en igual manera lo refiere Silvio Rodríguez (2002), quien lo señala como un contrato de Derecho de Familia teniendo por finalidad fomentar la alianza entre la mujer y el hombre, conforme a la ley, con la finalidad de regularizar

las relaciones sexuales, velar por la prole de ambos y prestarse asistencia mutua **(p. 19)**.

Asimismo, la teoría contractualista afirma que los cónyuges ejercen un derecho mutuo de la pertenencia a un punto irracional del cuerpo de su pareja, acrecentando el deber de la fidelidad –prácticamente al punto de ser obligatorio– y como consecuencia reafirmando la diabolicidad de la causal de adulterio. Tratándose de un punto de vista claramente individualista, segmentaria y patrimonialista.

#### *1.3.1.3.2. Teoría institucionalista.*

También llamada supra-individualista o anti-contractualista, preparado por Maurice Hauriou y continuado por Georges Renard.

Para esta teoría, el matrimonio viene a ser una institución trascendental cuya competencia es el sostenimiento y que el hombre sea feliz en la tierra **(Echecopar, 1999, p. 7)**. Es una manera socialmente de realizarse como persona, relacionándose muchos de intereses. Las personas que se unen en matrimonio para crecer, alcanzar sus ideales y fines, compartir sus vidas, desarrollarse, realizar sus proyectos de vida y su personalización de manera integral **(Méndez y D'Antonio, 1996, p. 92)**. Se confronta a la tesis contractualista, tomando al matrimonio como una institución natural, inherente al humano, no se le podría llamar contrato ya que causa efectos personales incluso más amplios que el simple resultado patrimonial. Para Guillermo Borda (2008) el matrimonio tiene como propuesta instituir la familia, creando una sociedad llena de vida, un componente cuya importancia es trascendental para la sociedad, puntualizando que la persona se casa por amor y no con intención de crearse derechos. El matrimonio no se considera un hecho para especulación, o por cálculo, más bien es de entrega **(p. 47)**. Considerada por Díez-Picazo (1986), como una institución esencial de la vida en sociedad **(p. 67)**, siendo una institución de Derecho Privado regulada por ley con contenido público.

Acorde a esta definición se debe considerar que el matrimonio además de ser una institución es un hecho de poder estatal premunido que parte de protocolos jurídicos que avalan sus relaciones **(Azpiri, 2005, p. 69)**. El protocolo es debido a que funcionarios públicos intervienen, teniendo como función decepcionar el consentimiento de los que contraerán matrimonio. El funcionario no forma parte del matrimonio como acto, tampoco tiene poder de decidir una vez que se establece las nupcias, por esto no podría dar su negativa a celebrar este acto. Es una particularidad que no hace publicidad ni le reduce la privacidad, sino más bien es una sugerencia de formalismo de la institución social que legaliza el matrimonio.

#### *1.3.1.3.3. Teoría ecléctica.*

También llamada mixta o social y fue continuada por Marcel Planiol, George Ripert y Julien Bonnecase .

Esta teoría sustenta que el matrimonio viene a ser un acto complicado, también un contrato y además una institución. En nuestro país contamos con el criterio de Cornejo Chávez (1999) que se acoge en la afirmación que indica mientras el matrimonio sea un contrato, será también una institución como estado” **(p. 62)**.

Este es una institución de naturaleza híbrida, un contrato en cuanto a su institución y formación en su contenido. Se encontrarán diferencias en su conformación y nacimiento. Según la teoría, el matrimonio presenta componentes compartidos con un contrato (formalidades, efectos patrimoniales y manifestación de voluntad), que no se extingue en el contenido contractual, en cambio tiene contenido esencialmente social que lo hace mostrarse como institución.

Según Bonnecase (1945) hay diferencias bastante claras entre el contrato y el matrimonio **(p. 50)**:

**Tabla 1**

*Diferencias Entre El Contrato Y El Matrimonio*

ELEMENTOS	CONTRATO	MATRIMONIO
Error	El consentimiento debe presentarse libremente, sin vicios de la voluntad.	Solo el error y la violencia vician el consentimiento.
Objeto	Obligaciones de carácter económico. Dar, hacer o no hacer.	Obligaciones recíprocas entre los cónyuges de carácter personal.
Forma	La manifestación de voluntad es libre sin más límite que el orden público y las buenas costumbres.	Exige formalidades y solemnidades.
Disolución	Consensuada entre las partes.	Establecida por funcionario público.
El matrimonio termina siendo más que un simple contrato.		

*Fuente:* Elementos de Derecho Civil (1945)

El matrimonio viene a ser un acto complicado, según su contenido su institución y formación en su contenido es un contrato. Que se distingue primero en naturaleza contractual que es el matrimonio –origen del matrimonio– estado y segundo que es naturaleza institucional. Según nuestro sistema jurídico preside el matrimonio la teoría ecléctica.

**1.3.1.4. Caracteres.**

*1.3.1.4.1. Legalidad.*

Referida a la celebración del matrimonio y que esta se realice acorde a la manera impuesta por la ley, en tanto que el matrimonio se define como la unión que el derecho reconoce, y sanciona legalmente, conformada por un hombre y mujer, perfeccionándose al realizarse la celebración del acto jurídico, acto solemne que franquea la ley y hace que los contrayentes estén obligados a cumplir los derechos y deberes que traen consigo el matrimonio (**Montoya, 2006, p. 114**).



#### 1.3.1.4.2. *Acto jurídico.*

Se refiere a crear relaciones conyugales, jurídicas, familiares, y una condición de familia creando un amplio marco que regula, modificando el nombre y el estado civil, además culmina con el régimen económico personal formando ahora un régimen económico en matrimonio.

#### 1.3.1.4.3. *Unidad.*

Constituida por una sociedad de vida al que se encuentran sujetos los consortes como resultado del vínculo de unión entre ellos y se encuentra tácito al insinuar la institucionalización de la alianza en monogamia intersexual, de una mujer y un hombre. Esto significa que existe un vínculo matrimonial permanente que hace imposible la creación de otro vínculo matrimonial cuando aún existe el primero vínculo” **(Ruiz, 2014, p. 10)**

#### 1.3.1.4.4. *Unión heterosexual.*

Un hombre y mujer lo componen. Siendo un par que se complementa e integra. Cada uno da de el, en correspondencia al otro y entregados a esta unión, estableciendo entre ambos a su familia. Es dicho que los matrimonio celebrados en personas del mismo sexo es contra las buenas costumbres y se encuentra sujeto a una virtual nulidad que se contemplada en el Código Civil, artículo V del Título Preliminar y también en artículo 219, inciso 8.

#### 1.3.1.4.5. *Perdurable.*

No se admite el matrimonio con plazo determinado esto no anula la posibilidad de disolución del vínculo de matrimonio mediante el divorcio. Según Borda (2008), en esta institución siempre habrá un íntimo y propio sentido de permanencia**(p. 40)**.

Montoya (2006), señala que la permanencia no significa que no pueda disolverse, más bien es muy distinto, pues mediante proceso judicial, se puede

lograr tanto la nulidad, la separación o el divorcio del vínculo matrimonial con este los cónyuges están permitidos para volver a contraer matrimonio **(p. 114)**.

#### *1.3.1.4.6. Comunidad de vida.*

Implica que los consortes hagan vida común, que puedan compartir, mantener entrega recíprocamente con la finalidad de alcanzar la integración familiar sostenida en vivencias, comprendida como una unidad matrimonial, como una comunidad de vida referente a que los cónyuges permanezcan y compartan una misma residencia: Es decir que vivan bajo el mismo techo, compartiendo la mesa y dormir en misma cama, gozando de las ventajas que traen consigo el hogar conyugal, además de sobrellevar las responsabilidades de la vida en matrimonio.

#### *1.3.1.4.7. Monogamia.*

Se encuentra directamente en relación con el deber de ser fiel, poniendo límite a la concupiscencia. Francois Laurent nos describe el matrimonio, para él viene a ser el sostén de la sociedad, es el soporte de la moralidad tanto pública como privada **(Monteiro, 2001, p. 11)**.

#### **1.3.1.5. Finalidad.**

San Agustín dice que el fin del matrimonio lleva tres elementos *Fides, Proles, y Sacramentum* es decir fidelidad, descendencia, y vehículo de santificación y en la modernidad se ha definido en la asistencia, fidelidad y cohabitación.

A través del matrimonio, los contrayentes escriben su historia de vida, dejando su legado existencial en su familia. Sílvio Rodrigues (2002) nos describe la sociedad conyugal como la que hace posible que los cónyuges enfrenten el porvenir; además se satisface el deseo sexual que es normal y esta inherente a su naturaleza. El acercamiento entre los sexos es natural en convivencia entre los esposos, produciendo se desenvuelvan sentimientos afectivos recíprocos, de los cuales, el deber de mutua asistencia es una consecuencia; de esta unión sexual

nacen los hijos, su sobrevivencia y educación requiere de la atención de los padres; se quiera o no, los fines del matrimonio son íntimamente relacionados con la naturaleza humana **(p. 23)**.

De acuerdo a Borda (2008) hay fines estándar como son la mutua asistencia, satisfacer el amor, y compañía, el tener descendencia y darles educación **(p. 41)**.

Es así también que Azpiri (2005) bosqueja que las finalidades del matrimonio se concentran en una comunidad de vida plena donde se subsume constituir una familia, procrear, socorrerse mutuamente, educar a los hijos y llevar una vida en común **(p. 68)**. Para Méndez Costa y D'Antonio (1996), el matrimonio es un modelo sociocultural necesario para formar y desarrollar de forma integral a los hijos, este es el ámbito donde se puede labrar su integralidad **(p. 94)**. Se puede descubrir que el fin del matrimonio es la sociedad de vida plena (existencial, física y económica) entre los miembros, siendo responsables del desarrollo de su descendencia.

A nuestro país Echevarría García (1999) consideró una razón habitual al sustentar que la principal finalidad es procrear a los hijos, que les permitirá posteriormente ser dichosos durante toda la vida teniendo como fin complementario, una vida en común, conyugal para auxiliarse a través de ayudas mutuas para resistir la carga de la vida **(p. 7)**. Según Cornejo Chávez (1999) este contenido puede tocarse de dos visiones diferentes **(p. 51)**.

- El Sociológico, algunos filósofos describen que el fin de la unión matrimonial es la complacencia del instinto sexual, otros autores lo describen como el bienestar de la descendencia y otra posición sustenta que como matrimonio se tienen dos propósitos: (i) la promoción y el brindar educación a la descendencia y, (ii) el auxilio que ambos se brindan como cónyuges.
- El Jurídico, cuando la doctrina muestra además tres posiciones referentes: (i) instauración de una familia, (ii) estableciendo una sociedad de bienes y; (iii) la instauración y brindar educación a la descendencia y el auxilio que ambos se brindan en su vida en comunidad.

Según el razonamiento de la normativa civil, el fin como tal del matrimonio, considerando lo que se establece en el primer párrafo del artículo 234 del Código Civil, es llevar una vida común, entregarse, compartirse mutuamente el uno al otro. De esta forma existe unanimidad y a través del matrimonio, se atestigua la permanencia y estabilidad de las familias; a pesar de esto hay cambios acordes al entorno social y se van transformando en más liberales.

#### **1.3.1.6. Elementos.**

En ambos, en el Código Civil de 1852 y el código de 1936 tratándose de los elementos del matrimonio refiriéndose a los involucrados que interceden esta figura jurídica, quienes son la mujer y el hombre. En el Código Civil de 1984, las condiciones esenciales o los elementos estructurales del matrimonio como un acto jurídico que fueron descritos en el artículo 234, son: la variedad de sexo de los participantes, que exista consentimiento para el matrimonio, que sean aptos para contraer nupcias y que se observe de forma prescrita interviniendo la autoridad competente para ser celebrada.

#### **1.3.1.7. Sujetos.**

Son los llamados sujetos conyugales, refiriéndose al hombre y a la mujer y en su conjunto a los cónyuges. Cónyuge (Del lat. *coniux*, -*ūgis*) o también llamado consorte (es el partícipe y compañero con otra u otros sujetos en la misma suerte). El término cónyuge acoge el prefijo *con* (acción conjunta) y la raíz *iugum* (yugo) que tiene como significado “unidos por un yugo” **(R.A.E)**.

Ambos términos cónyuge y consorte son neutros y enuncian localidad tanto del esposo como de la esposa, de aquí su gama más democrática. Así como lo señala el profesor Guilherme de Oliveira (2004), los dos cónyuges son sometidos a un mismo proceso de reaparición de la subjetividad que caracteriza las sociedades modernas. Cada uno de los miembros del matrimonio hace una búsqueda en la comunión de la vida, con una mayor satisfacción personal y el mayor logro que se pueda. Cada persona lleva a cabo tácticas con una creciente

orientación al afecto, el amor, la intimidad de vida entre los dos, “convirtiéndose en la nueva esperanza y la nueva religión” (p. 764).

### **1.3.2. El divorcio.**

#### **1.3.2.1. Etimología.**

Dos marcadas tendencias. Una proveniente de latín *divortium*, prevista del prefijo *di-/dis* que significa divergencia, separar, en sentidos diferentes, siendo raíz del verbo *verto* que significa volver, girar, o dar vuelta y de otro verbo latino *divertere* cuyo significado es cada cual por su lado.

#### **1.3.2.2. Concepto.**

Para Belluscio (2008), divorcio es una instauración del derecho de familia fundamentada en disolver de manera definitiva y en su totalidad el vínculo matrimonial, que restituye a los ex cónyuges la capacidad de volver a casarse (p.221).

El divorcio es creado por el Derecho y surgió por la premisa arraigada que solo con la muerte va a culminar este vínculo del matrimonio, resultando incompatible debido a que el matrimonio, es un acto jurídico que surge de la voluntad de ambos, debiendo terminarse de igual manera.

Los hermanos Mazeaud (1959) han determinado que el divorcio vendría a ser la disolución del vínculo del matrimonio, marcada por decisión judicial en la vida de los cónyuges, al demandar uno de ellos o los dos (p.369).

Una sección de esta doctrina tuvo reparo en las bases del Derecho Canónico, en donde el matrimonio se podía considerar sin validez, a causa de la presencia de vicios, en el momento que se celebra. Es por esta razón, que en algunos casos era necesario hacer posible el término de la unión matrimonial por desacuerdos de los cónyuges, que impedían la continuación del matrimonio.

También se le define como el rompimiento de un matrimonio válido en el que viven ambos esposos. Esto señala una diferencia con la nulidad de matrimonio como figura, debido a que no se habla de disolver porque nunca existió legalmente por impedimentos esenciales no subsanables **(Cabanelas, 1980, p. 103)**.

Por ser de naturaleza institucional, indisoluble y rígida, el matrimonio merece que la ley examine casos excepcionales de terminación, establecidos previo a la probanza por el juez, que es funcionario del Estado y asumirá la función de decidir la continuidad o el término matrimonial. Sobre esta función, y el rol estatal tuitivo en el matrimonio.

### **1.3.2.3. Características.**

Para el jurista Hinostroza (2011), como una institución de derecho de familia el divorcio tiene las siguientes características:

- Es una institución que el ordenamiento jurídico peruano no promueve, que toma en cuenta como principio de conservación y de promoción del acto de matrimonio. También se han establecido causales cerradas y concretas gracias a las cuales se pueda acceder a esta institución familiar.
- Involucra disolver de manera definitiva y jurídica el vínculo matrimonial.
- Termina con el estado de familia en matrimonio.
- Forja un nuevo estado de familia: el de divorciado(a)
- Termina con el régimen de sociedad de gananciales.
- Cuando no se logra arreglo de las voluntades se establece una causal y si se logra un arreglo de voluntades el término del vínculo conyugal se obtendrá de una manera indirecta, posterior a un periodo de alejamiento de cuerpos.
- Referido a la filiación generada por la separación de los elementos inmersos en la patria potestad como son el régimen de visitas y la tenencia **(p. 376)**.

#### **1.3.2.4. Efectos.**

##### *1.3.2.4.1. En cuanto a los cónyuges.*

- La ruptura, disolución y la extinción del vínculo matrimonial.
- Termina la obligación alimenticia entre los miembros, aunque puede permanecer al acreditar la imposibilidad para sostener sus necesidades.
- Es causa de finalización de la política de sociedad de gananciales
- El cónyuge con culpa pierde los gananciales que provienen de los bienes del inocente.
- Induce a la pérdida de la vocación de hereditaria que existía entre los esposos.
- Hace posible que el cónyuge inocente reclame una indemnización por el daño moral causado. La indemnización del daño moral causado al cónyuge inocente será amparable en caso se ha producido daño moral reparable, debido al deterioro de los intereses jurídicos que el cónyuge inocente tiene en cuanto a sus derechos de la personalidad, producidos por acciones o conductas que se atribuyen al cónyuge con culpa del divorcio, de acuerdo al artículo 351 del Código Civil.
- Se desvanece el parentesco que se tenía por afinidad entre los cónyuges y los parientes consanguíneos del cónyuge contrario. Es importante tener presente que según el artículo 237 del Código Civil, lo anteriormente dicho no tiene efecto para parentesco en línea recta es decir suegros y otros ascendientes, y descendientes del ex cónyuge. Además, permanece la afinidad colateral de segundo grado entre cuñados y cuñadas y esta se mantiene hasta que se produce el fallecimiento del ex-cónyuge.
- Se mantiene para la mujer la conservación y uso del apellido del esposo que agrego al suyo y lo podrá mantener en cuanto no contraiga un nuevo matrimonio, si así lo hubiera hecho al casarse, de acuerdo al artículo 24 del Código Civil.

#### 1.3.2.4.2. *En cuanto a los hijos.*

Los efectos causados serán semejantes a los de la separación de cuerpos según el artículo 355 del Código Civil.

- Tenencia, régimen de visitas y la patria potestad
- Alimentos

#### 1.3.2.5. ***Teorías del divorcio.***

Desde el punto de vista doctrinal de Varsi Rospigliosi (2004) el divorcio ha sido dividido en las siguientes clases:

##### 1.3.2.5.1. *Divorcio como sanción.*

Se basa en el incumplimiento de alguno de los cónyuges, en la grave situación que presumiría la infracción de los deberes conyugales. Como resultado la ley tipifica una serie de causales, en las que ha de incumplir el cónyuge para declararlo culpable (**García, 1982, p.195**). Es el cónyuge inocente el que puede solicitar el término del matrimonio. Díez – Picazo y Gullón (1997) en relación a la teoría del divorcio, y de forma crítica, opinan que el respeto de hechos definidos como antijurídicos son causales de divorcio para el cónyuge que no tiene culpa e instituye una sanción que quedara al albedrío de éste si desea exigirla o no, ejerciendo la acción de divorcio. Como resultado, el divorcio como proceso es una discusión de la inocencia o culpabilidad y establece la búsqueda, en ocasiones vergonzosa y nada convincente, de muchos ocultos pasajes de la vida matrimonial” (**p. 115**).

En el divorcio para sancionar se busca al cónyuge culpable para aplicarle los castigos o sanciones que corresponden. Las sanciones de castigo que se aplica al cónyuge culpable del divorcio son (**Varsi, 2004, p. 8**):

- Se pierde la patria potestad según el art. 340 del Código Civil).



- Se pierde el derecho hereditario según el art. 353 del Código Civil, el cual repercute en lo descrito por el artículo 343 del mismo Código.
- Se pierde el derecho alimentario según el art. 350 del Código Civil.
- Se pierde el derecho de gananciales procedentes de los bienes del otro según el arts. 352 y 324 del Código Civil.
- Se pierden los derechos al nombre según el art. 24 del Código Civil.

#### 1.3.2.5.2. *Divorcio quiebra.*

Busca solucionar de manera práctica estando frente a un problema determinado. Existe una ruptura real que el Derecho debe asumir y dar solución. Mediante esta teoría se establecía que la separación legal podría ser solicitada si uno de los cónyuges demostraba que se interrumpió la vida en común por más de un año y es imposible de reconstruir.

#### 1.3.2.5.3. *Divorcio Repudio.*

Es el definido como repudio irrevocable perfecto (batt) y este exige pone como exigencia una condición: que la repudiación sea triple, quiere decir la suma de tres repudiaciones sucesivas (**Motilla y Lorenzo, 2002, p. 41**). Se refiere a una disolución sin expresión causal. Es un acto de uno de los lados de uno de los cónyuges. Está vigente en países islámicos.

#### 1.3.2.5.4. *Divorcio Remedio.*

Se proyecta principalmente como una realidad en la que el matrimonio se haya roto, y no existe la posibilidad de una reparación del mismo. El inicio o partida de esta situación es el cese indudable de la convivencia conyugal independiente del motivo o cuestión que lo produjera. Albaladejo (1997) relacionado a estos motivos se consideran que pueden ser “el no entendimiento entre los cónyuges, el haber aparecido entre ellos obstáculos que entorpezcan o hagan dificultosa la vida en común, la infidelidad de uno de los cónyuges...indiferencia o agotamiento de la vida en matrimonio...” (**p. 83**). La persistencia, argumentando dicho divorcio indicando

un divorcio-remedio, para poner término al matrimonio que ya estaba quebrado, a pesar de subsistir, y al mismo tiempo un divorcio inculpable y aséptico, en el que no tenga que darse detalles del porqué de la derrota conyugal, ni a quién se le atribuye, ya que lo importante es el rompimiento entre los cónyuges” (p. 84).

En el momento en que la convivencia se convierte en intolerable, sin presentar falta de las partes, buscando con el divorcio una escapatoria a la crisis. Según esta teoría se instauró que los cónyuges pueden pedir separación judicial cuando se hace inadmisibile continuar la vida en común.

#### *1.3.2.5.5. Divorcio por mutuo acuerdo.*

El divorcio con consentimiento de ambos es justificado en la declaración de voluntad que los dos cónyuges realizan para iniciar el divorcio o que presenta uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. No será suficiente solo la voluntad de los dos, sino que debe estar ligada a una causa explícitamente considerada o que ha pasado un mínimo plazo de vida matrimonial. Es también llamado divorcio por mutuo acuerdo.

De manera conjunta se procura a los miembros para la disolución del matrimonio. Es una conclusión voluntaria entre ambos, la concertación es el elemento que permitirá su ejecución.

#### **1.3.2.6. Causales de divorcio.**

Las causales son gestiones contrarias al ordenamiento jurídico que quebrantan la paz conyugal. Son todo hecho u omisión, culposo o doloso, atribuible al consorte que pierde el respeto al matrimonio y causa daños en la confianza, accediendo para que el cónyuge sin culpa utilice esta como razón para pedir la separación de cuerpos o si así lo desea la disolución del vínculo matrimonial.

#### 1.3.2.6.1. *Historia.*

En la historia del Derecho existieron diversas causales que permitían el divorcio, muchas veces eran absurdas otras tantas eran causales extrañas. Carlos Ramos (1990) señala que el rey Rómulo, en los inicios de Roma, dictó la ley dura para normar la separación, concediéndole el rechazo al marido. Algunas de las causales eran el uso de venenos y el hurto de las llaves de las bodegas del vino. Otra causal era la infertilidad, se relata como el primer divorcio en los anales romanos el de Carvilio Ruga: De ilustre familia, se divorció de su esposa porque no logró concebir con ella. La amaba sinceramente y no poseía más razones para alabar su conducta. Sacrificando su amor a la devoción del juramento hecho de tomarla como su esposa con la finalidad de traer hijos al mundo” (p. 12, 13).

Existían otras causales, **Vila-Coro (1997)** durante la época Clásicas la causal de esterilidad, las disputas con la nuera y la indecencia. El emperador Constantino establece nuevos criterios que serían suficientes para solicitar el divorcio, el marido podía despreciar a su esposa si ella habría caído en alcahuetería o envenenamiento, también la esposa podía despreciarlo por homicida, violador de sepulcros o envenenador. La legislación Justiniana hace posible divorciarse por razones tales como, el delirio de la mujer, el abandono de un cónyuge o su deportación y la imposibilidad del esposo que dura dos años después de la celebración del matrimonio. También en las Novelas establecen como causas que el hombre padezca de impotencia, que ingrese a la vida monástica, la esclavitud y cuando se ausenta el marido por excursión militar al darse por muerto. En la Novela 22 se instituye como causal cuando la mujer afirma que su esposo este causando envenenamiento, sea un embaucador, profanador de sepulturas, blasfemo, solapador de ladrones, delincuente, ladrón o libidinoso. El esposo también podía demandar algunas causales como que su esposa sea profanadora de sepulturas, blasfema, solapadora de ladrones, concurreniera sin el consentimiento del esposo a banquetes o fiestas, alzase sus manos para agredir al esposo o sensualmente se bañara con desconocidos. En la Novela 117, se precisan más las causales culposas que se le atribuyen a la esposa, eran no comunicar que se alistaba una rebelión contra el Imperio y que, a pesar que el esposo se oponga, se bañara o comiera con

desconocidos. Para el esposo era cometer adulterio en su misma casa y que en la ciudad cometiera concubinato, a pesar de haber sido amonestado por más de dos oportunidades. **(p. 16, 17)**.

#### 1.3.2.6.2. *Características.*

Las causales tienen signos especiales **(Méndez y D'Antonio, 1996, 428)**:

- Son de orden público. Es así que no pueden ignorarse, transformarse o abolirse en correspondencia a la autonomía de su voluntad.
- Son concluyentes por parte del juez, por esta razón se deben acreditar en un proceso de tipo judicial.
- Aquí se rige los principios de imputabilidad, invocabilidad, taxatividad, gravedad, no se excluyen entre ellas, la acreditación basada en pruebas y relatos de hechos posteriores a la celebración del matrimonio y el principio de no absorción de unas causales por otras.
- Vienen a ser de orden expreso, taxativo; pueden invocarse solo las causales que explícitamente se establecieron por el ordenamiento jurídico. Tienen autonomía por ser regulada taxativamente en la ley, estos hechos semejantes no podrán sustentar dos o más causales **(Cas. N° 212-2006, Lima, Sala Civil Transitoria, 31/07/2006)**.

#### 1.3.2.6.3. *Requisitos comunes.*

##### a) Gravedad.

Según los hechos cometidos por uno de los cónyuges, siendo estos graves, imposibilitando continuar con la vida matrimonial. Es decir, que estos deben sobrepasar el límite de tolerancia humana; haciendo insostenible tanto material como moralmente la vida en común de los esposos. Referido a esto, Plácido (2008) nos dice: los hechos derivados deben crear entre los esposos un escenario insostenible de llevada con dignidad, infringiendo la convivencia en el matrimonio de tal manera que sobrepasen su límite de tolerancia posible. La gravedad debe

ser tal haciendo insostenible materia y moralmente la vida en común de los esposos. Siendo de otra manera, no estaría justificada una salida de tal importancia como el divorcio vincular o como es la separación personal **(p.28)**.

b) Imputabilidad.

Se refiere a que los actos deben ser producto de un modo doloso o culpable de uno de los consortes, al que se le inculpa de estos actos. Asimismo, sólo podrán ser solicitados por el cónyuge afectado, no por el que los ejecutó. Es importante precisar que el consorte debe haber ejecutado esa conducta de forma consciente, para poder levantar o reprender ese acto; de manera contraria no se podrá atribuir la conducta. **(Varsi, 2004, p. 23)**

b) Invocabilidad.

Cuando ocurre un divorcio por causales inculpatorias, los actos sólo podrán ser invocados por el consorte afectado y no por el consorte que los ejecutó. Esto es debido al principio ordinario de que nadie puede invocar su propia torpeza. Diferentes situaciones que se presentan en la disolución del matrimonio por causas no inculpatorias, en la que uno de los consortes está habilitado para hacer una demanda por los hechos que establecen la causal **(Varsi, 2004, p. 24)**.

d) Posterioridad al matrimonio.

Estos actos deben producirse después de celebrado el casamiento. Estos actos anteriores, o bien establecen causales que invalidan el matrimonio, o bien no son relevantes, de acuerdo a lo estipulado en nuestra legislación civil.

#### 1.3.2.6.4. Clases.

Las causales logran tener tipos variados y específicos:

- **Directas**, es cuando el acto va dirigido concretamente hacia el otro consorte. Agresión contra su vida, violencia e injuria.
- **Indirectas**, ocurre al ser el comportamiento de uno de los consortes el que afecta al otro. Infidelidad, homosexualidad, pena por delito doloso, abandono sin justificación, conducta degradante, enfermedad de transmisión sexual y uso de drogas.
- **Objetivas**, aquella que no involucra considerar la causa o motivo que la creó. Separación de hecho, pena por un delito doloso, homosexualidad o enfermedad de transmisión sexual.
- **Subjetivas**, aquellas que involucra juzgar según el motivo o la causa que la creó. Adulterio, abandono sin justificación, conducta degradante, uso de drogas, se hace imposible hacer vida en común.

#### 1.3.2.6.5. *Causales y deberes matrimoniales.*

Como se indicó el matrimonio origina un conjunto de deberes como son: respeto recíproco, la asistencia, fidelidad, cohabitación, colaboración y cooperación en la administración del hogar. Cuando uno de estos se ve forzado, producen debilidad o el rompimiento del vínculo matrimonial. Los deberes incumplidos generan las siguientes casuales:

**Tabla 2**

*Causales Generadas por Deberes Incumplidos*

<b>CAUSAL</b>	<b>DEBERES INCUMPLIDOS</b>
Adulterio	Fidelidad
Violencia física o psicológica	Respeto mutuo
Atentado contra la vida	Respeto mutuo
Injuria grave	Respeto mutuo
Abandono injustificado de la casa conyugal	Cohabitación, asistencia y participación y cooperación en el gobierno del hogar
Conducta deshonrosa	Respeto mutuo
Uso de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía	Cohabitación, asistencia y respeto mutuo
Enfermedad grave de transmisión sexual	Cohabitación, asistencia y respeto mutuo
Homosexualidad	Respeto mutuo
Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años	Cohabitación, asistencia, participación y cooperación en el gobierno del hogar y respeto mutuo
Imposibilidad de hacer vida en común	Respeto mutuo
Separación de hecho	Cohabitación, asistencia y participación y cooperación en el gobierno del hogar

*Fuente:* Elementos de Derecho Civil(1945)

*1.3.2.6.6. Tratamiento jurídico en el Perú.*

Al analizar los Códigos civiles que se encuentran en vigencia en Perú en el momento se puede obtener el tratamiento de las causales de divorcio de la siguiente manera.

**Tabla 3***Análisis de Códigos Civiles en Vigencia en el Perú*

<b>CÓDIGO CIVIL 1852 ART. 192</b>	<b>CÓDIGO CIVIL 1936 ART. 247</b>	<b>CÓDIGO CIVIL 1984 ART. 333</b>
1. El adulterio de la mujer.	1. El adulterio.	1. El adulterio.
2. La incontinencia pública del esposo, el concubinato.	2. La sevicia.	2. La violencia ya sea psicológica o física, el Juez la apreciará según las circunstancias.
3. El trato cruel o la sevicia.	3. La agresión contra la vida del consorte.	3. La agresión contra la vida del consorte.
4. Violentar contra la vida de uno de los consortes por parte del otro cónyuge.	4. La injuria grave.	4. La injuria grave, que no permita la vida en común.
5. El odio radical de alguno de ellos, puesto en manifiesto por las constantes y graves peleas, o por graves injurias reiteradas.	5. El abandono mal intencionado de la casa matrimonial, siempre que hayan permanecido más de dos años de manera continua.	5. El abandono sin justificación de la casa matrimonial por más de dos años consecutivos o que al sumar las duraciones de los periodos de abandono sobrepase este plazo.
6. Los vicios incorregibles de prodigalidad, de juego de embriaguez o disipación.	6. La conducta degradante que no permita la vida común.	6. La conducta degradante que no permita la vida en común.



<p>7. Negarse el esposo a brindar los alimentos a la esposa.</p>	<p>7. Utilizar de manera habitual e injustificada las sustancias estupefacientes.</p>	<p>7. Utilizar de manera habitual e injustificada drogas alucinógenas u otras sustancias que podrían crear toxicomanía, excepto lo dispuesto según el artículo 347.</p>
<p>8. Negarse la esposa, sin tener graves y justificadas razones a seguir a su esposo.</p>	<p>8. La grave enfermedad venérea adquirida después de celebrar el matrimonio.</p>	<p>8. La grave enfermedad transmitida sexualmente que se contrajo después de la celebración del matrimonio.</p>
<p>9. Dejar la casa común, o de manera persistente negarse a desempeñar obligaciones conyugales.</p>	<p>9. El castigo por delito, con pena privativa de la libertad, mayor de dos años, imputada después de celebrar el matrimonio.</p>	<p>9. La homosexualidad después del matrimonio.</p>
<p>10. La ausencia sin una causa justificada mayor a cinco años.</p>	<p>10. El recíproco disenso, de acuerdo a lo dispuesto en el título tercero.</p>	<p>10. El castigo por cometer delito doloso con castigo de pena privativa de la libertad superior a dos años, impuesta luego de celebrado el matrimonio.</p>
<p>11. El furor o locura permanente que convierta en un peligro la cohabitación.</p>		<p>11. La imposibilidad de permitir una vida en común, adecuadamente</p>

		probada en un proceso judicial.
12. Una enfermedad contagiosa de tipo crónica.		12. La separación de hecho de los consortes por un periodo sin interrupción de dos años. Este periodo será de cuatro años en el caso que los consortes tuvieran hijos menores de edad. En casos como estos no se aplicará lo dispuesto en el artículo 335.
13. La condena de uno de los esposos a una pena infamante.		13. Separación convencional, luego de transcurrir dos años de ser celebrado el matrimonio.

Fuente: Elaboración Propia

### **1.3.2.7. Divorcio en la legislación Comparada.**

#### *1.3.2.7.1. Ecuador.*

El Código Civil Ecuatoriano, en su artículo 105 nos dice: que el divorcio pone fin al vínculo formado al contraer matrimonio y permite a los consortes aptos para contraer matrimonio nuevamente, salvo algunas restricciones ya señaladas. Pero no le será posible contraer matrimonio a quien actuó en el juicio de divorcio, en el año posterior a la fecha de ejecución de la sentencia, si se produjo dicho fallo en rebeldía del consorte demandado.

Y las causales de disolución de matrimonio se muestran reglamentadas en el Artículo 129 del Código Civil, siendo estas:

1. *Adulterio;*
2. *Violencia física, psicológica o sexual;*
3. *Injurias graves;*
4. *Incumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio;*
5. *Actitud hostil;*
6. *Actos ejecutados con la intención de corromper al otro cónyuge o a un hijo;*
7. *Alcoholismo o tóxico dependencia;*
8. *Abandono voluntario e injustificado por más de seis meses.*

#### 1.3.2.7.2. *Bolivia.*

El Código de Familia de la República de Bolivia, expresa en su artículo 129 que el vínculo matrimonial es disuelto por la muerte o al declararse presunto fallecimiento de uno de los esposos. Puede ser disuelto en los casos explícitamente determinados por una sentencia ejecutoriada de divorcio. La sentencia de separación de los consortes puede resultar en sentencia de divorcio, como se planeada por el Art 157.

Las causales de divorcio se encuentran reglamentadas en el Artículo 130 del Código de Familia de la República de Bolivia, estas son:

1. *Por adulterio o relación Homosexual de uno de los esposos.*
2. *Por atentar uno de los esposos contra la vida del otro esposo o por ser autor, cómplice o instigado por cometer delitos contra sus bienes o su honra.*
3. *Por pervertir uno de los esposos al otro o a los descendientes.*
4. *Por servicia, malos tratos o injurias graves de obra o de palabra haciendo intolerable la vida en común. Dichas causales serán observadas considerando la educación y condición del cónyuge afectado.*
5. *Por abandono mal intencionado del hogar por uno de los esposos cuando sea sin causa justificada no se haya reestablecido a la vida común luego de*

*transcurridos seis meses de haber sido solicitado de manera judicial por el otro. Cuando el cónyuge culpable regresa al hogar por la única razón de no permitir que venza aquel plazo, este se considerará cumplido si nuevamente abandona el hogar por dos meses.*

#### *1.3.2.7.3. Panamá.*

El Código de Familia de la República de Panamá, en el artículo 207 expresa que *el matrimonio se disuelve por divorcio, por muerte, o a causa de nulidad”*

Y las causales de divorcio son encontradas reguladas en el Artículo 212 Código de Familia de la República de Panamá, siendo estas:

- 1. El atentar uno de los esposos contra la vida del otro, o contra sus hijos, hijas, hijastros o hijastras.*
- 2. El trato cruel sea psíquico o físico, si no es posible el sosiego doméstico y la paz.*
- 3. La relación sexual fuera del matrimonio.*
- 4. La propuesta de cualquiera de los esposos para prostituir al otro esposo.*
- 5. El conato del marido de la mujer para prostituir o corromper a sus hijos, hijas, hijastros, hijastras o la convivencia en su prostitución o corrupción.*
- 6. El absoluto abandono de sus deberes de padre o de cónyuge que hace el esposo, o de sus deberes de madre o de cónyuge, por parte de la esposa, si al presentarse la demanda de divorcio han pasado mínimo seis meses, a partir del día en que se produjo la causal, excepto sea el abandono de la esposa durante su embarazo, en caso como este se terminara el plazo en tres meses.*
- 7. El uso no justificado frecuente de drogas u otras sustancias psicotrópicas.*
- 8. La embriaguez frecuente.*
- 9. La separación de hecho mayor a dos años, a pesar que sigan viviendo en el mismo hogar.*
- 10. El consentimiento recíproco de los esposos en caso se cumplan los requisitos a continuación:*
  - a. Que los esposos sean mayores de edad.*
  - b. Que el matrimonio como mínimo lleve dos de celebrado; y,*

*c. Que ambas partes corroboren haber solicitado el divorcio pasados los dos meses de presentarse la demanda de divorcio y previo a los seis meses de haberla presentado, artículo 212.*

#### *1.3.2.7.4. Costa Rica.*

El Código de Familia de Costa Rica no conceptualiza el término divorcio, pero si señala los motivos para decretar el divorcio en su artículo 48:

- 1. El adulterio de uno de los esposos;*
- 2. La agresión de uno de los esposos a la vida del otro esposo o de los hijos;*
- 3. El intento de cualquiera de los esposos para corromper o prostituir al otro esposo y el intento de corromper o haber corrompido a los hijos de uno u otro cónyuge;*
- 4. La sevicia que causa daño tanto al esposo o a sus hijos;*
- 5. La separación por un periodo no menor de un año a causa judicial, si en ese intervalo no ha habido reconciliación de los esposos; en este tiempo el Tribunal realizará no menos de dos comparecencias para procurar la reconciliación entre esposos, por solicitud de los interesados mínimo de tres, en un periodo mínimo de tres meses. La primera comparecencia no se podrá realizarse si no han transcurrido los tres meses de promulgada la separación.*

*Para dichos efectos, el Tribunal pedirá los informes que crea oportunos.*

*Si uno de los consortes no concurriere a las comparecencias, si no se piden, o si el tribunal en sus conclusiones Tribunal lo sugieren, el tiempo para establecer el divorcio será de dos años;*

- 6. La ausencia del esposo, legalmente declarada; y*
- 7. El recíproco consentimiento de los dos esposos.*

*El divorcio con consentimiento de ambos no se puede solicitar hasta pasados los tres años de haberse realizado el matrimonio y habrá que presentarse el convenio al Tribunal en forma de escritura pública según indica su forma en el artículo 60 de la ley. El convenio y la separación, proceden sin perjudicar los derechos de los*

*menores, serán admitidos por el Tribunal en una resolución considerada; el Tribunal podrá solicitar que se aclare o complete el convenio mostrado si es oscuro u omiso en los puntos indicados en este artículo previo a ser aprobado.*

#### *1.3.2.7.5. Guatemala.*

El Código de Familia de Guatemala no conceptualiza el término divorcio, pero si señala las causales de divorcio o separación en su artículo 155:

- 1.- La infidelidad de uno u otro cónyuge;*
- 2.- Los malos tratos de obra, las disputas y riñas continuas, las ofensas al honor e injurias graves y en líneas generales, la conducta que torne la vida en común en insoportable;*
- 3.- El atentar uno de los consortes contra la vida del otro cónyuge o de los hijos;*
- 4.- El abandono a voluntad de la casa familiar o la separación o la ausencia sin motivo, mayor de un año.*
- 5.- En caso la esposa dé a luz en el matrimonio a un hijo cuya concepción fue previa a su realización, siempre que el esposo no supiera del embarazo previo a el matrimonio.*
- 6.- La instigación del esposo a prostituir a la esposa o pervertir a los hijos;*
- 7.- la negativa sin fundamento de uno de los esposos a cumplir sus deberes con el otro esposo o con sus hijos en común, de alimentación y asistencia que se encuentra obligado legalmente;*
- 8.- La disolución de la hacienda doméstica;*
- 9.- Las prácticas de juego o embriaguez o el constante e indebido uso de estupefacientes, que amenazan con producir la ruina de la familia o que constituyen un impulso perenne de desacuerdo conyugal;*
- 10.- La denuncia de un delito o cuando el otro esposo realiza acusaciones de manera calumniosa contra el otro esposo;*
- 11.- La condena de uno de los esposos, con sentencia, debido a cometer delitos contra la propiedad o por algún otro delito común que alcance una pena con prisión de más de cinco años;*

12.- *El padecimiento incurable, grave y contagioso, que perjudica al otro esposo o a la descendencia;*

13.- *La imposibilidad absoluta o relativa para procrear, en caso de por su naturaleza no pueda curarse y después del matrimonio;*

14.-*La enfermedad mental sin cura de un esposo que tenga capacidad para declarar una interdicción; y,*

15.- *También, es una causa para conseguir el divorcio, cuando hay separación de personas con una sentencia firme.*

*No será prueba suficiente para emitir la separación o el divorcio con el allanamiento por la parte demandada, de igual manera no será motivo de separación o divorcio los eventos de infidelidad ejecutados con aprobación del otro esposo o cuando luego de ser ejecutados y de conocimiento del otro, han continuado en convivencia.*

### **1.3.3. Enfermedad grave de Trasmisión sexual adquirida después del matrimonio como causal de divorcio**

El inciso 8 del Art. 333° del C.C. que estima como causal la enfermedad grave de procedencia venérea adquirida posterior a la realización del matrimonio, ha sido reformada, incluyéndose la terminología moderna de enfermedad grave por medio de transmisión sexual adquirida posterior a la realización del matrimonio, este concepto incorpora tanto los presuntos patológicos antes previstos en la causal y su versión original, como también el síndrome de inmunodeficiencia adquirida o SIDA.

#### **1.3.3.1. Concepto de ETS**

Las enfermedades de transmisión sexual o también llamadas ETS son infecciones de transmisión principalmente durante el acto sexual. Este tipo de enfermedades pueden transmitirse por otras vías (por ejemplo por transfusión de sangre o perinatal de la madre al feto). Las ETS pueden tener o no síntomas y mostrar largos períodos con la infección y ser sintomática. Las ETS en el pasado eran llamadas enfermedades venéreas (EV) **(Beare y Myers, 1995, p. 1929)**.

#### 1.3.3.1.1. *Formas de transmisión.*

- Infección por el VIH, la gonorrea (infección por gonococo), las hepatitis A y B, y la infección de los genitales por clamidia. La transmisión es mediante el intercambio de fluidos corporales como son el semen, exudaciones uretrales o de procedencia vaginal. La gonococia y la clamidia se contrae de igual forma por penetración exclusivamente oral.
- Hepatitis C. Se adquiere, especialmente, por otras vías diferentes a las relaciones sexuales, sin embargo, la transmisión sexual de la hepatitis C se ha incrementado en los últimos años infectando a hombres que mantienen relaciones sexuales con otros hombres, revelándose que la penetración anal muestra un aumento en el riesgo. El consumo de drogas mediante la vía parenteral (al compartir jeringas), siendo el caso del slamming, y además por otras vías (como son la vía nasal en la cocaína por el uso compartido del “rulo” o “canuto”) al parecer son otras vías significativas para infectarse con el virus de la hepatitis C.
- Herpes labial, Herpes genital u oral, las verrugas tanto genitales como condilomas y la sífilis. Se transfieren por contacto directo con áreas afectadas por la infección de la piel o de las mucosas. Se contagia fácilmente si no se hace uso de un método de barrera.
- Sarna, ladillas y la pediculosis pubis (ladillas). Se pueden transmitir con contacto corporal sea íntimos o a través de ropas infectadas.
- Algunas de las infecciones anteriores pueden contagiarse por otras vías diferentes a las relaciones sexuales: mano con corte y gota, transmisión sanguínea.
- Hepatitis B, C y VIH. Estos tipos de infección también se pueden transmitir mediante la sangre de una persona que se encuentra infectada o por el hecho



de compartir material jeringuillas para drogas u otros fármacos o haberse tatuado o colocado piercings con material no esterilizado.

*1.3.3.1.2. Tipos de ETS que se pueden transmitir de forma extra-sexual.*

a) Hepatitis B.

Esta infección es grave que afectará al hígado y es ocasionada por un virus, por transmisión sexual a través del contacto directo con fluidos corporales como sangre, saliva, semen y fluidos vaginales de una persona infectada, este padecimiento se puede evitar mediante una vacuna. El virus que transfiere la hepatitis B es llamado VHB o VBV y posiblemente produce 100 veces más infecciones que el SIDA, la fuente principal de contagio es a través de relaciones sexuales, sin embargo también puede transmitirse al hacerse un tatuaje o una perforación (con instrumental usados en otras personas y que no fueron adecuadamente desinfectados), asimismo al pincharse con la aguja contaminada con sangre de otra persona, puede ser contagiada al usar el mismo cepillo de dientes o equipo para afeitar de una persona que sufre esta enfermedad, no se debe dejar de señalar que esta enfermedad se puede transferir desde la mujer embarazada hacia su bebe. Los síntomas presentes son cansancio, dolor de estómago, fiebre, náuseas, diarrea e inapetencia, algunos contagiados presentan como síntomas deposición de coloración clara y oscurecimiento en los orines también se presenta una coloración amarillenta en piel y ojos, existen además pacientes que no presentan ninguno de estos síntomas. La hepatitis B se detecta al realizar un examen de sangre a la persona infectada. **(Toro y Restrepo, 2011, p. 311)**

b) Hepatitis C.

El hígado viene a ser el órgano de mayor tamaño en todo nuestro cuerpo. Permite al organismo la digestión de los alimentos, almacenar energía y eliminar las toxinas. La hepatitis viene a ser la inflamación del hígado. Uno de

los tipos, es la hepatitis C, a causa del virus de la hepatitis C o conocido como VHC. La hepatitis C en su mayoría de casos se dispersa mediante el contacto con sangre contaminada. Otra forma de contagio es mediante relaciones sexuales con una persona que presenta la infección y de madre a hijo cuando se produce el parto. **(Toro y Restrepo, 2011, p. 411)**

En su mayoría cuando las personas que están con la infección de la hepatitis C no tienen síntomas durante muchos años. Asimismo, puede sufrir de ictericia, que consiste en una coloración amarilla de piel y ojos, la orina de una coloración oscura y deposiciones de coloración pálida. Mediante el análisis de sangre podremos saber si una persona contrajo el virus. Con frecuencia, la hepatitis C no mejora por sí misma. La infección puede perdurar de por vida, produciendo cicatrización o cáncer del hígado. En ocasiones las medicinas son de ayuda, los efectos como consecuencia de estos tratamientos pueden causar problemas. Los casos más severos pueden necesitar de trasplante de hígado. **(Toro y Restrepo, 2011, p. 419)**

c) VIH.

Ya que es una Enfermedad de transmisión sexual de las más importantes, el MINSAL (2013) la ha definido de la siguiente manera: El VIH o llamado Virus de la Inmunodeficiencia Humana, es transferido por vía vertical, sexual o sanguínea **(párr. 1)** de una mujer embarazada hacia los hijos cuando está gestando, en la lactancia o durante el parto, tiene como característica dañar de forma progresiva el sistema inmune, cuando la enfermedad está en etapa avanzada se le da el nombre de SIDA.

El virus se instala en la sangre, flujo vaginal o semen por esta razón no sobrevive por mucho tiempo fuera del organismo, es por esto que no se puede transmitir a través de actividades habituales como saludar, compartir los platos, al dar un abrazo o a través de un beso. El VIH se logra diagnosticar por exámenes en el laboratorio mediante un examen de sangre conocido como “test de ELISA para VIH”, el examen permitirá hallar los anticuerpos del organismo que se producen al presentarse el virus. Internacionalmente se

instauró que luego de 3 meses de obtenido el virus es cuando se comienzan a producir estos anticuerpos y ahí podrá detectarse con el test, la elaboración del examen es muy útil ya que hacen posible iniciar de manera temprana los controles de salud y el método que se necesita (si el test arroja un diagnóstico positivo se señala que es portador y si señala un resultado negativo será que no ha obtenido el virus y hace posible efectuar o conservar conductas preventivas.

Los síntomas iniciales que muestra el VIH comúnmente son parecidos a enfermedades de otros tipos, por lo que, no se puede tener desde un inicio un diagnóstico de esta infección. Comúnmente los síntomas en su inicio son parecidos a los de una gripe, presentando dolor corporal, malestar general, fiebre y en otros casos estará acompañado de manchas rojas y ganglios inflamados. Los síntomas inician entre los 5 a 30 días (en promedio unos 14 días) **(MINSAL, 2013)**.

### **1.3.3.2. Antecedentes y regulación según el Código Civil Vigente.**

Persiguiendo el principio de eugenesia, en el Código Civil peruano se ofrecen mecanismos de índole familiar preservando tanto los derechos a la salud e integridad sea de los hijos como del esposo, a partir de aquí cualquiera sea el tipo de patología contagiosa tanto para el cónyuge o que sea transmisible a los hijos involucrará un obstáculo para unirse en matrimonio o es causante de divorcio.

En temas como estos el código, en su artículo 349, describe que se puede formular la demanda de divorcio según el artículo 333 y las causales que indica. De esta manera, establece que: Se consideran causas de separación de cuerpos: 8. La enfermedad grave de transmisión sexual adquirida posterior a la celebración del matrimonio **(D.L. 295, art. 333º.8)**. Refiriéndose originalmente a la enfermedad grave venérea obtenida después de celebrado el matrimonio, pero con la ley N° 27495 se reemplaza este término por enfermedades de transmisión sexual (ETS) acorde a las modificaciones realizadas por la Organización Mundial de salud.

Las enfermedades, según su clasificación, tienen involucrado un estado biológico de efectos jurídicos que el Derecho reglamenta de forma específica con la finalidad que la familia permanezca protegida. Esta causal tiene como fin salvaguardar al cónyuge saludable (**Varsi, 2011, p. 346**). Es preciso que de acuerdo a la causal las enfermedades de transmisión sexual se deben haber adquirido posterior a haber contraído matrimonio, si fuera antes configuraría impedimento de para contraer nupcias y provocaría que el matrimonio sea anulable.

En tenor a lo anteriormente señalado Cabello Carmen (1999), señala que La enfermedad venérea que sufre un cónyuge involucra un peligro hacia la familia, a la salud del cónyuge sano y está relacionado a los problemas congénitos que se producen de manera usual en la descendencia. Por esta razón la ley mediante esta causal procura sobretodo salvaguardar la salud tanto mental y física del grupo, el condenar la infidelidad del consorte con otra persona que le hubiera transferido la enfermedad era secundario, para ese caso consta otra causal que vendría a ser el adulterio, ratio legis que se demuestra cuando la legislación no hace diferencia de enfermedad venérea adquirida a través de un acto sexual (que es lo más común) o por medio extra-sexual (que puede ocurrir de forma excepcional)” (**p. 281**).

En el Derecho Comparado, existen muchas más soluciones. Como la que considera el Código Civil de Ecuador, al describir en el artículo 109, inciso 8 que es causal de divorcio el padecer un consorte de grave enfermedad valorada por tres médicos que fueron propuestos por el juez, que sea contagiosa, incurable, o que pueda transmitirles a los hijos. El Código de Familia de Bolivia, en el artículo 152, inciso 3, la nombra como una enfermedad infecto-contagiosa que trastorne de manera grave la vida en matrimonio o que arriesgue la salud o seguridad del otro consorte o de la prole. Bastante parecida a esta situación el Código Civil de Guatemala, que en su artículo 155, la nombra enfermedad grave, contagiosa e incurable que perjudica al otro consorte o a los hijos.

El legislador, con esta causa, anhela resguardar al cónyuge saludable y, requiriendo según lo redactado, haber sido adquirido por medio de “transmisión sexual”, en algunas condiciones podría estar vinculado con el adulterio, que tiene

un estatuto propio, produciéndose figuradamente duplicidad de causales. Se piensa que no es absolutamente cierto, debido a que la infección con una enfermedad de transmisión sexual, puede producirse por múltiples y diferentes situaciones.

Asimismo, si lo que se procura es resguardar al cónyuge saludable no sería necesaria la causal, según el artículo 347 del Código Civil que detalla: En padecimientos sean mentales o contagiosas de un consorte, el otro podrá solicitar que se anule el deber de hacer vida en común, permaneciendo continuas las otras obligaciones matrimoniales". Es posible considerar que el demandante pueda probarlo, ya que confirmar la presencia de la enfermedad es mucho más fácil que probar el adulterio como tal. Esta reglamentación hace posible que las enfermedades graves como el sida, se consideren como una causa de divorcio o de separación legal.

Estarada Cruz (1974), indicó que lo que preserva la ley, no es solamente la salud del esposo, sino de los hijos. Al producirse enfermedad venérea contraída por transmisión sexual, es condenada por la ley el hecho deshonesto del consorte de cohabitar fuera del matrimonio con personas de moral incierta **(p. 127)**. El padecimiento de transmisión sexual debe tener características de gravedad, constituyendo un serio riesgo para el otro cónyuge y para la prole.

Esto quiere decir que el artículo 333, exegéticamente, se delimitaría solo a la presunta enfermedad graves que hayan sido contraídas a través de la "transmisión sexual"; a pesar de esto, parecen olvidar que en muchas ocasiones no solo se transmiten mediante acto sexual, pues existe un gran porcentaje de contagiados que las contrajeron por causas completamente ajenas conocidas como transmisión extra-sexual, como en los casos de intervenciones quirúrgicas con material contaminado o haber recibido sangre infectada mediante transfusión. En estas condiciones, el haber adquirido estas enfermedades no involucrará necesariamente la existencia de actitudes de infidelidad por parte del cónyuge que sufre el padecimiento.

### **1.3.3.3. Aspectos procesales derivados.**

De acuerdo al ordenamiento jurídico de nuestro país, para poner una demanda de divorcio de forma directa, sin pedir la separación de cuerpos como primer lugar, el cónyuge sin culpa puede pedir las mismas causas determinadas para la separación de cuerpos, normalizadas en los numerosos incisos del artículo 333, excepto la que se consigna en el inciso 13.

El código Procesal Civil estipula que las intenciones de separación de cuerpos y de realizarse el divorcio por causales descritas en los incisos 1 al 12 del artículo 333 de nuestro Código Civil sujetos a trámite del proceso de conocimiento (**Resolución Ministerial Nº 10-93-JUS, art. 480**); mientras tanto, el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, descrito el inciso 13 del artículo 333 del código sustantivo, el tratamiento es vía el proceso sumarísimo (**Código Procesal Civil, art. 573**), en atención a la naturaleza de la litis y a ser consentido por ambos cónyuges.

Pues bien, el certificar una causa de divorcio nos hace situar en materia procesal en cuanto a las pruebas. Se debe recalcar que nuestra Corte Suprema de Justicia, instaura un recorrido en materia probatoria, como también los derechos concretos que comprenden el derecho a ser probado en esta materia; indicando que el derecho de probar un hecho es un mecanismo del debido proceso y advierte cinco derechos determinados: a) El derecho a brindar las pruebas según la etapa que corresponda, a menos que existan excepciones de carácter legal; b) el derecho a que se acepten las pruebas adecuadas brindadas oportunamente a la ley; c) el derecho a que procedan los medios para adquirir las pruebas admitidas por ambos cónyuges; d) el derecho a impugnar es decir contraponer o anular las pruebas de la contraparte y controlar su forma de actuar; y, e) el derecho a una valoración en conjunto y razonable de las pruebas intervenidas. Debe advertirse, que el derecho de prueba comprenderá no solo los derechos sobre la prueba misma, sino que también con la prueba de la contraparte, y aun la actuada de oficio; asimismo, alcanza el derecho a conseguir del órgano jurisdiccional una suficiente y adecuada

motivación de su decisión, basado en una valoración razonada y conjunta de la prueba ejercida” (**Cas. Nº 128-2008-Apurímac, 29 de setiembre de 2008**).

De esta forma, todo ciudadano ya sea nacional o extranjero que se encuentre inmerso en un proceso judicial debe poseer derecho para brindar las pruebas oportunamente, a excepción que el propio texto legal instaure; de esta manera, el justiciable tiene derecho a que sus pruebas sean admitidas si estas son pertinentes y ofrecidas oportunamente; posteriormente, a que se actúen los medios probatorios obtenidos por ambas partes y que se admitieron de manera oportuna; además existe el derecho a impugnar, de acuerdo a lo dispuesto procesalmente, las pruebas de la contraparte y regular la actuación de estas y para finalizar, se quiere que el juez permita el derecho en una razonada y conjunta evaluación de las pruebas ejercidas, todo siguiendo las reglas de una sana crítica (**Bustamante , 2010, p. 96**).

Debemos tener en cuenta que en caso la causal no sea suficientemente grave para romper el vínculo matrimonial, se emitirá como infundada la demanda o, de lo contrario, el juez ordenará solo la separación de cuerpos.

Cuando existe el supuesto de enfermedad por medio de transmisión sexual grave, para generar un legítimo interés para posteriormente pedir tutela jurisdiccional a cargo de uno de los consortes se demostrará los elementos descritos a continuación:

- El padecimiento tiene, obligatoriamente, que ser grave y de transmisión sexual, esto significaría poner en riesgo la integridad del otro consorte y la salud de los hijos.
- Debe haber sido contraída luego de realizado el matrimonio.

En ambas condiciones, es preciso un informe pericial o podría contarse con un certificado médico. Pensamos que no basta con certificar que el consorte demandante sufre de un mal de tipo venéreo que ha sido adquirido ya casado, sino que adicional a esto y básicamente, es preciso confirmar que el consorte sea el

emplazado. Es así que el demandante más no el demandado el que tendrá la carga de la prueba.

De la misma manera, el accionar fundamentado en esta causal está expedita siempre que perduren los hechos que la motivaron. El soporte legal se localiza en el artículo 339 del Código Civil, que describe la acción afirmada en el artículo 333, incisos 1, 3, 9 y 10, desaparece luego de transcurridos seis meses de conocer la causa el afectado y, en cuyo caso, luego de cinco años de haberse producido. La que se cobertura en los incisos 2 y 4 vence transcurridos los seis meses de que la causa se produjera. En todos los otros casos, el accionar está exenta mientras permanezcan los hechos que la motivaron (**Exp. N° 2397-86, Corte Superior de Justicia de Lima**).

Es por esto que para otras causales específicas del artículo 333, como el abandono sin justificación, la toxicomanía, una conducta deshonrosa, la separación de hecho, una enfermedad venérea, el impedimento de hacer vida en común, probada adecuadamente en el proceso judicial y la convencional, no se indica periodo de expiración por parte de la ley, por esta razón se debe entender que la acción persiste siempre que dichos hechos existan.

En nuestra realidad consta un hecho que no debe ni es ajeno, y suele demostrarse mediante los indicados certificados médicos de favor. Haciendo preciso que la ley y las autoridades no se limiten en sus pretensiones al solicitar este examen que es de mucha importancia, teniendo efectos concluyentes en la formación de un futuro hogar.

#### **1.3.3.4. Efectos del divorcio.**

##### *1.3.3.4.1. Derecho alimentario entre los ex-cónyuges.*

El código civil preceptúa como un principio general, que se finaliza la obligación de alimentación entre los ex-esposos a causa del divorcio, sin embargo, sitúa enormemente que cuando el divorcio es declarado por falta de un consorte, el honesto tiene derecho a recibir alimentos, cuando se produzca algunos requisitos:



1. Que escasee de bienes ya sean propios o gananciales suficientes. 2. Que no esté posibilitado para laborar. 3. Que no puede amparar en sus necesidades por otro medio. **(D.L. 295, Art. 350)**.

El valor de la pensión por alimentos será establecido por el juez, sin habiendo de sobrepasar una tercera parte de los ingresos del obligado. El ex-esposo que se halle en un estado de indigencia, inclusive al que le sea imputable el divorcio, podría pedir el auxilio de alimentos a quien fuera su cónyuge, medida razonable, pues a pesar de lo acontecido no deben ser indiferentes a la desgracia que padezca uno de los cónyuges.

El compromiso alimenticio finaliza automáticamente cuando celebra un nuevo matrimonio el alimentista.

La naturaleza de tipo jurídica de los alimentos, que podrían entregársele el consorte sin culpa del divorcio, está bajo dos dictámenes doctrinarios: Una de ellas mantiene su carácter rigurosamente alimentario y otra que considerada indemnizatorio.

La pensión por alimentos otorgada al cónyuge vencedor en el juicio es una reparación por un daño injustamente causado **(Colin y Capitant, 1941, p. 438)**.

Eduardo Fanzolato (1991), indica que a causa de la disolución del matrimonio el derecho a alimentación iure coniugii se vuelve inadmisibile, porque los separados dejaron de ser esposos; pero como el impedimento de que permanezca el derecho es denunciabile a la conducta antijurídica del cónyuge que dio la causal al divorcio, los alimentos conyugales vienen a ser una forma de prestación compensatoria a favor del libre de culpa que experimento el daño. Es así, que por causa del divorcio se cambia del campo del derecho matrimonial a la parte jurídica patrimonial de la reparación, pues si nos encontramos en una situación de reparación de daños a causa de una reprochable actuación, la asistencia no tiene un fin de asistencia, sino que es esencialmente para compensar, aunque tenga la periodicidad de una renta por alimentación **(p. 31, 32)**.

De acuerdo a este criterio, se trataría de indemnizar al esposo que, sin tener culpa queda sin protección frente a la desaparición de la obligación de socorro. Este beneficio no imposibilita al cónyuge afectado pedir, adicionalmente la reparación por daños producidos por hechos que desencadenaron el divorcio.

Por otra parte, los que le imputan un carácter rigurosamente alimenticio dicen también que la norma no admite la autorización para ninguna pensión más que referido al cónyuge sin culpa no le sea posible subsistir con bienes propios que ya tenga o con los valores que reciba al liquidarse el régimen matrimonial. Donde se observa que una pensión de carácter alimenticio" **(Planiol y Ripert, 1939, p. 414)**.

En ese contexto, estar en un estado de necesidad justificaría su asistencia, una vez terminado éste, no aplicaría a lugar la obligación, que también culminaría cuando el ex-esposo obligado sufra la muerte.

#### *1.3.3.4.2. Perdida de los gananciales.*

Este es una consecuencia de alto contenido punitivo, que intenta implantar una sanción pecuniaria al que causo el divorcio, y así evitar se beneficie injustamente con los bienes del otro consorte, que resultó afectado por la disolución del que no es causante.

El texto del art. 352 es bastante claro al describir que se afectan solo los gananciales que provienen del esposo sin culpa de sus bienes de propiedad; a continuación, se apreciara unas ejecutorias que han señalado en contraposición a las demandas que intentaron ampliar el ámbito de esta sanción a la totalidad de gananciales.

#### *1.3.3.4.3. Indemnización del daño moral con motivo de los hechos que dieron lugar al divorcio.*

El art. 351 del C.C., de la misma forma que lo hacía el art. 264 del C.C. de 1936, confieren al consorte libre de culpa la oportunidad de ser indemnizado en los

casos que los hechos causantes del divorcio han dificultado de manera grave sus intereses personales. Siendo independiente de la pensión por alimentos que pudiese recibir.

Las leyes de nuestro país establecen el resarcimiento del daño moral, en cuanto no consideren los daños materiales que además puede producirse. Es así que la indemnización no agregará el perjuicio físico que podría sufrirse, debido a los malos tratos o debido a la transmisión de una enfermedad de transmisión sexual.

Refiriéndonos al soporte del daño moral, hay quienes manifiestan que tienen un carácter de reparación, teniendo como finalidad el resarcir en algo el daño vivido por la víctima. Hay otro menor grupo que lo considera punitivo, en estos casos será una pena civil que caerá en el cónyuge culpable.

Refiriéndonos a consecuencias pecuniaria, Omar Barbero (1977) en su obra Daños y Perjuicios procedentes del Divorcio nos muestra una opinión ecléctica referida a cuál es la naturaleza de la indemnización. Siendo verdad que hay una compensación para el cónyuge afectado, sin que esto excluya el castigo también para el cónyuge culpable (p. 121), y pone mayor interés en el efecto ejemplar que debe provocar, como aviso y además estimular a los otros sujetos que integran la comunidad. Así se dirá que poseamos fe en el derecho y confiemos en nuestra obra. Esta situación no será improductiva, si no logramos la disminución de los divorcios indebidos, por lo menos optimicemos la realidad del consorte libre de culpa y la descendencia brindándoles indemnización (p. 141).

#### **1.4. Formulación del Problema**

¿Cómo excluir como causal de divorcio la enfermedad peligrosa de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio?

## 1.5. Justificación e importancia

La presente tesis versa sobre un tema muy importante, ya que tiene una gran relevancia social y jurídica en la actualidad, pues cada vez es mayor la cantidad de parejas que se disuelven su vínculo matrimonial, mediante el divorcio, alegando alguna de las causales tipificadas en el artículo 333 y 349 del Código Civil (**D. Legislativo 295, 1984**); los cuales producen consecuencias jurídicas a favor del cónyuge “inocente o afectado”, tales como recibir una indemnización, una pensión, o hasta ser el único beneficiario de la sociedad de gananciales, etc.

Dichas medidas pueden tenerse como justa siempre y cuando el cónyuge “culpable” sea responsable dolosamente de la ruptura matrimonial, sin embargo en el caso de la causal estipulada en el inc. 8 del artículo 333 del Código Civil (**D. Legislativo 295, 1984**), “El padecimiento grave de transmisión sexual adquirida posterior a ser celebrado el matrimonio.”, esta medida es desproporcionada en algunos casos, puesto que los legisladores han dejado un vacío con respecto a esta norma; pues si bien señala como causal la transmisión vía sexual de la enfermedad de un cónyuge a otro, no regula la forma en que el cónyuge “culpable” haya adquirido dicha enfermedad; ya que es de conocimiento general que existen enfermedades de transmisión sexual que pueden ser adquiridas por medios extra-sexuales, como puede ser una transfusión de sangre, órganos, o una mala praxis en la utilización de material quirúrgico, u otras maneras diferentes a la de haber mantenido relaciones sexuales con otra persona que no es su cónyuge y en dicha situación ya no sería culpa del cónyuge infectado provocar dicha lamentable situación no deseada, aquí no se ha cometido dolo, ni tampoco infidelidad, no se a faltado a los deberes contenidos en el matrimonio por parte del cónyuge que enfermo de esta manera; por tal motivo no sería justo imputarle la causal antes menciona, además que tiene consigo una enfermedad grave con la que tendrá que vivir, que requerirá de medios económicos para atenderla y poder mantenerse en lo posible saludable y a pesar de ello obligársele a pagar una indemnización o a perder la sociedad de gananciales, que en estas circunstancias le serian de utilidad para tener una calidad de vida que merece como ser humano; caso contrario sucede cuando el cónyuge infectado ha adquirido la enfermedad de transmisión sexual de manera dolosa e irresponsable siendo las consecuencias jurídicas de su

accionar justas y acordes a la legalidad, logrando proteger los derechos del otro cónyuge que ha permanecido cumpliendo a cabalidad los deberes que conllevan la unión en matrimonio y corre el riesgo de sufrir daños en su salud tanto física como psicológica o si ya fue afectado indistintamente este saludable o no, merece ser indemnizado.

En consecuencia, de lo antes mencionado, surgió la necesidad de realizar la presente investigación buscando garantizar el derecho a un trato igualitario y justo de ambos esponsales; eliminando los vacíos que los legisladores han dejado en la norma antes mencionada y modificándola para especificar el dolo como requisito primordial para su configuración.

## **1.6. Hipótesis**

La Necesidad de modificar el artículo 349 (Causales de divorcio) del Código Civil para excluir como causal de divorcio la enfermedad peligrosa de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio; se ve afectada por el trato discriminatorio que recibiría la parte demandada dentro de un proceso de divorcio y los consecuentes efectos negativos que recaerían en su persona (pago de reparación, pérdida de sociedad de gananciales, etc.), cuando no ha sido por una actitud dolosa de este/a, el haber sido infectado de una grave enfermedad de transmisión sexual, sino por causa que escapa de su responsabilidad.

## **1.7. Objetivos**

### **1.7.1. General.**

Proponer la modificación del Artículo 349 del Código civil para excluir como causal de divorcio la grave enfermedad de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio.

### **1.7.2. Especifico.**

Para lograr el objetivo general expuesto anteriormente, se hubo de conseguir los propósitos específicos descritos a continuación:

1. Describir la situación actual de divorcio en el Perú.
2. Describir los conceptos básicos, normas y jurisprudencia respecto al estado actual de la enfermedad de transmisión sexual grave posteriormente a la realización del matrimonio como causal de divorcio.
3. Proponer una propuesta legislativa que modifique del artículo 349 del Código civil para excluir como causal de disolución de matrimonio la enfermedad de transmisión sexual grave adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio.

## II. MATERIAL Y MÉTODOS

### 2.1. Tipo y Diseño de Investigación

#### 2.1.1. Tipo de Investigación.

La presente investigación es de tipo descriptiva, explicativa, mixta y propositiva.

Según su alcance, es descriptiva porque buscó las propiedades específicas e importantes características del fenómeno estudiado, describiendo las tendencias actuales. **(Hernandez et al, 2014, p. 92)**

Asimismo, es explicativo porque estableció cómo ocurrieron estos fenómenos, y cuáles fueron las causas o por qué es así actualmente el tratamiento del contagio involuntario dentro de la causal de divorcio, lo que involucró el diseño de la hipótesis planteada **(Caballero, 2014, p.83)**. También, porque indicó las causas del fenómeno materia de investigación. **( Hernandez et al, 2014, p. 128)**

Según su enfoque, es mixta porque este tipo de investigación no reemplazó las investigaciones cuantitativas ni cualitativas, más bien usó las fortalezas juntando ambas para disminuir sus debilidades. Es decir, recolectó, analizó y vinculó datos cualitativos y cuantitativos para dar respuesta al problema planteado. **(Hernandez et al, 2016, p.532)**

Por el tipo de investigación jurídica es propositiva porque se basó en la necesidad o el vacío de la norma y formuló una propuesta para modificar, la norma jurídica en cuestión. **(Tantaleán, 2016, p.8)**. También porque cuestionó la norma luego de evaluar sus fallos o defectos existentes evidenciadas en las jurisprudencias y propuso la reforma de esta. **(Romero, 2016, p.10)**

### **2.1.2. Diseño de la Investigación.**

Es no experimental porque en el estudio realizado no se manipuló las variables, habiéndose observado solamente los fenómenos en un ambiente natural para luego ser analizados. **(Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p.152)**. Asimismo, porque se examinó los hechos tal como se presentaron en su verdadero contexto, en un periodo de tiempo y fueron analizados las existentes. **(Palella & Martins, 2010, p.87)**

## **2.2. Población y muestra**

### **2.2.1. Población**

La población en estudio fue el grupo de fenómenos que quiere investigarse, que concuerdan con determinadas especificaciones y para esta tesis de investigación complementariamente fueron incluidos los 20 Jueces de Derecho Civil y 8.243 abogados del distrito judicial de Lambayeque. **(Hernandez et al, 2014, p.174)**

### **2.2.2. Muestra**

La muestra fue no probabilística con muestreo por conveniencia para la jurisprudencia y legislación comparada, y complementariamente fue probabilística por muestreo aleatorio mediante Excel 2010, para los seleccionados 6 jueces especializados en los civil y 167 abogados especialistas en temas de familia (Divorcio y separación de cuerpos) pertenecientes al Distrito Judicial de Lambayeque. La muestra es el subconjunto o parte de la población en estudio **(Gutierrez, 2016, p.22)**



## 2.3. Variables y Operacionalización

### 2.3.1. Variables.

#### 2.3.1.1. Variable dependiente.

X= Divorcio por enfermedad grave de transmisión sexual

#### 2.3.1.2. Variable independiente.

Y= Modificación del artículo 349 del código civil

### 2.3.2. Operacionalización de Variables.

Variables		Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Indicadores
V.I	Modificación del artículo 349 del código civil	Puede solicitar el divorcio por las causales que indica el Artículo 333º, incisos del 1 al 12.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Doctrina</li> <li>- Normas</li> <li>- Jurisprudencia</li> <li>- Principio de trato justo e igualitario</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Constitución Política</li> <li>- Doctrina</li> <li>- Código civil</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Análisis documental</li> <li>- Cuestionario</li> <li>- Análisis normativo</li> </ul>
V.D	Divorcio por enfermedad grave de transmisión sexual	Causal de divorcio contenida en el artículo 349 del Código Civil, el cual nos remite al artículo 333.8 de la misma ley, y especifica como causa de separación de cuerpos la enfermedad grave de transmisión	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Doctrina</li> <li>- Normas</li> <li>- Jurisprudencia</li> <li>- Enfermedades de transmisión sexual</li> <li>- Divorcio</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Constitución Política</li> <li>- Código civil</li> <li>- Doctrina</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Análisis documental</li> <li>- Cuestionario</li> <li>- Análisis normativo</li> </ul>

		sexual adquirida posterior a ser celebrado el matrimonio.	- Causales de divorcio - Efectos del divorcio		
--	--	---	--	--	--

Construida la matriz de operacionalización de variables complementariamente se formuló la matriz de consistencia que aprecia en el Anexo 2.

#### 2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

Las técnicas e instrumentos utilizados son los siguientes:

- a) La técnica del análisis documental: Se utilizó como herramienta para la recolectar los datos: fichas de resumen y textuales, se posee como fuentes bibliográficas los libros pertenecientes a las universidades de esta región; los instrumentos antes descritos se utilizaron para conseguir información de los dominios de las variables.
- b) La técnica de la encuesta: Se utilizó un cuestionario (Anexo 1) como instrumento; fue validado por un abogado experto (Anexo 3) y para determinar la confiabilidad se administró el cuestionario en una prueba piloto a 10 abogados, los datos recogidos fueron procesados en los aplicativos Excel y estadístico SPSS con resultados 0.849 y 0.817 respectivamente que corresponden a un nivel de alta fiabilidad (Anexo 4), posteriormente fue aplicado a los Jueces y Abogados especializados.

#### 2.5. Procedimientos de análisis de datos

Los datos obtenidos mediante el empleo de las técnicas e instrumentos previamente descritos, haciendo uso de las fuentes bibliográficas y las encuestas resueltas por los informantes señalados con anterioridad, fueron ingresados al programa Microsoft Excel; y así efectuar el cruce entre las variables y la hipótesis,

y los resultados obtenidos se presentan en tablas y figuras; ordenados y con sus precisiones porcentuales.

## **2.6. Aspectos Éticos**

Se realizó respetando los diversos principios éticos y jurídicos, llevando a cabo un estricto seguimiento de las normas, políticas y leyes que todo investigador debe realizar para asegurar la originalidad, y respeto por trabajos de los diferentes autores. Tomando en cuenta el Informe de Belmont se cumple con los principios básicos de respeto a la persona teniendo en cuenta el consentimiento e información previa brindada a los encuestados para participar voluntariamente, y la confidencialidad de los datos de estos informantes fue asegurada al no registrar en las encuestas que se les efectuó ningún dato de identificación personal; además se cumple con los principios básicos de justicia, pues aquí se mostró quien es beneficiario de esta investigación, siendo el caso de los cónyuges que adquirieron la enfermedad mediante un contagio extrasexual, evitando se le imponga la carga injusta de su actuar culposo y quien realmente debe sufrir la carga de sus actos. **(El informe Belmont, 1979)**

## **2.7. Criterios de rigor científico.**

- a) **Credibilidad:** El criterio de credibilidad o valor de la verdad, también llamado autenticidad, permite exhibir los fenómenos y las experiencias humanas, tal y como las perciben los sujetos.
- b) **Transferibilidad:** El criterio de transferibilidad o también llamado aplicabilidad se basa en poder reubicar los resultados obtenidos en la investigación y llevarlos a otros contextos.
- c) **Confirmabilidad:** El criterio de confirmabilidad o también llamado neutralidad u objetividad, asegura que los resultados de dicha investigación sean veraces a las descripciones elaboradas por los participantes.
- d) **Dependencia:** Se basa en la fiabilidad de la información y la consistencia y seguridad de datos. **(Noreña. A. et al, 2012, p. 266 – 268)**

### III. RESULTADOS

#### 3.1. Resultados en tablas y figuras

Los resultados hallados luego de administrar el cuestionario en la presente investigación se presentan en tablas y figuras detalladas a continuación:

**Tabla 4**

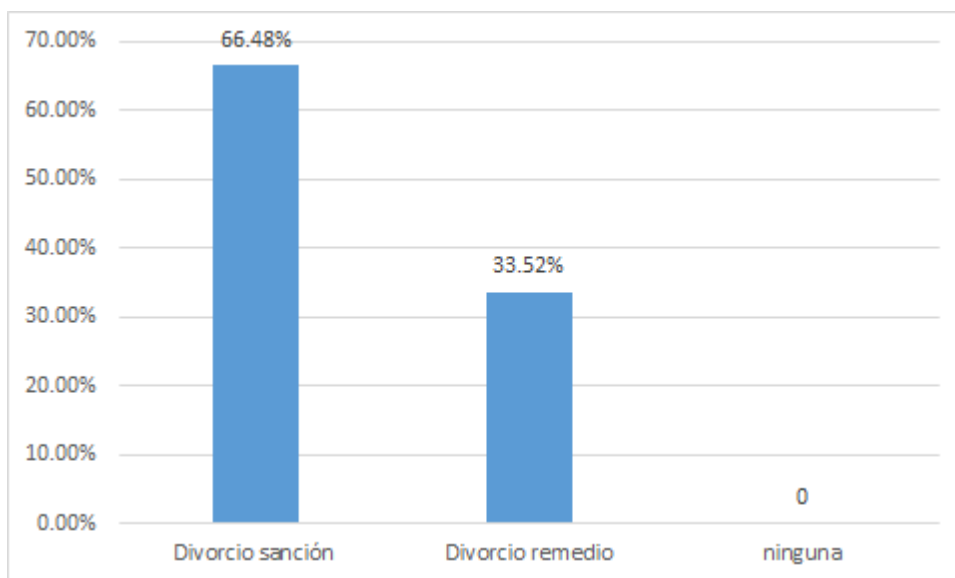
*Item 1 : ¿A qué Teoría del Divorcio, Usted cree que pertenece la Causal de “La Enfermedad Grave de Transmisión Sexual contraída después de la Celebración del Matrimonio”?*

<b>Divorcio Sanción</b>	<b>Divorcio Remedio</b>	<b>Ninguna</b>	<b>Total</b>
115	58	0	173
66.48%	33.52%		100%

*Fuente: Elaboración propia.*

**Figura 1**

*Item 1 : ¿A qué Teoría del Divorcio, Usted cree que pertenece la Causal de “La Enfermedad Grave de Transmisión Sexual contraída después de la Celebración del Matrimonio”?*



Fuente: Elaboración propia

**Interpretación.** De acuerdo a los datos obtenidos, los informantes encuestados señalaron con un porcentaje del 66.47% que creen que **la causal de “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”** pertenezca a la **Teoría de divorcio – sanción** y 33.52% creen que pertenece a la **Teoría de divorcio – remedio.**

**Tabla 5**

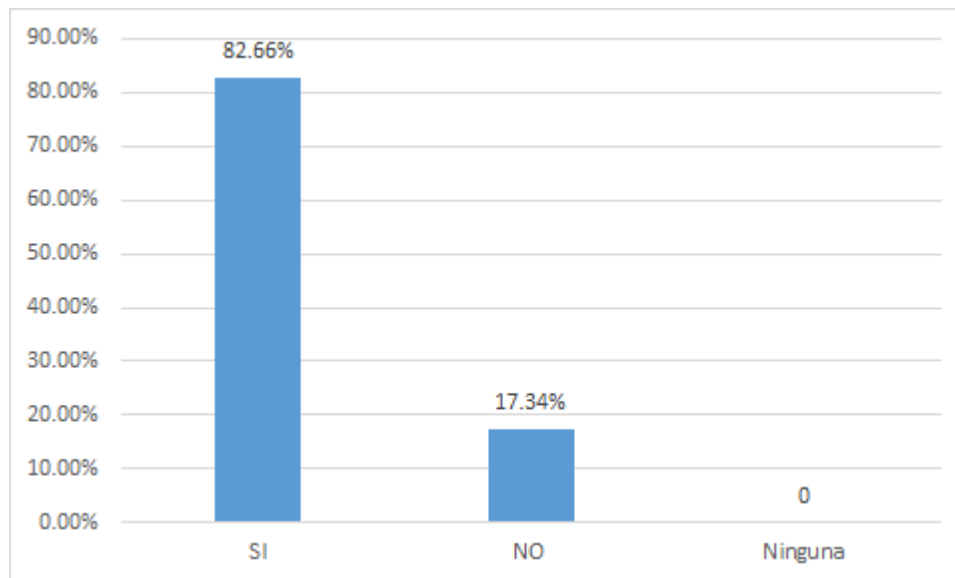
*Item 2: ¿Usted cree que en la Causal de Divorcio por “Enfermedad Grave de Transmisión Sexual Contraída después de la Celebración del Matrimonio”, pueda excluirse la Responsabilidad Culposa del Cónyuge Infectado?*

SI	NO	Ninguna	Total
143	30	0	173
82.66%	17.34%	0	100%

*Fuente: Elaboración propia.*

**Figura 2**

*Item 2: ¿Usted cree que en la Causal de Divorcio por “Enfermedad Grave de Transmisión Sexual Contraída Después de la Celebración del Matrimonio”, pueda excluirse la Responsabilidad Culposa del Cónyuge Infectado?*



*Fuente: Elaboración propia.*

**Interpretación.** De acuerdo a los datos obtenidos el 82,66% de los informantes **SI** creen que en **la causal de divorcio por “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, puede excluirse la responsabilidad culposa del cónyuge infectado;** y el 17,34% **NO** lo creen.

**Tabla 6**

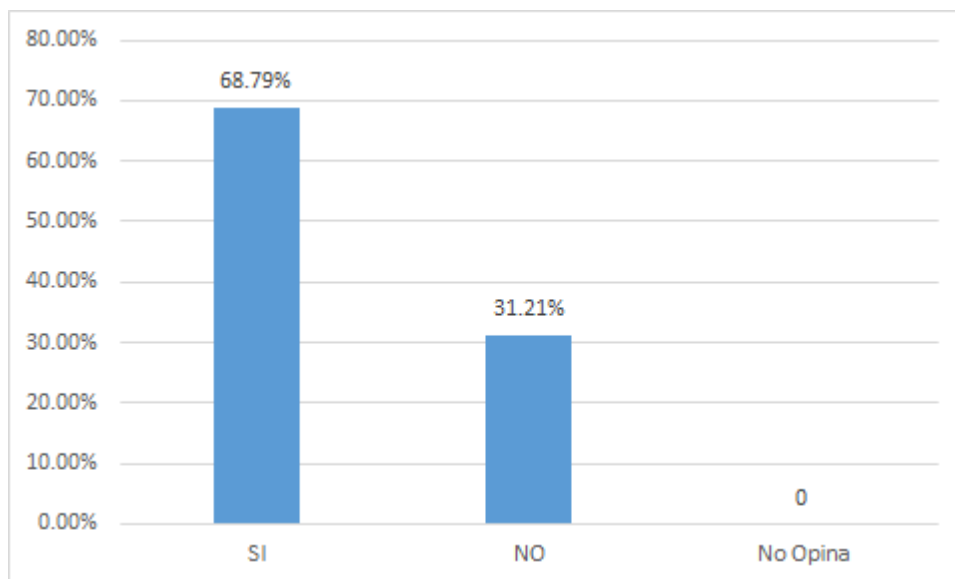
*Item 3: ¿Cree Usted, que es Responsabilidad del Cónyuge que Adquirió la ETS a sabiendas (Transmisión Sexual) y no del que contrajo por Caso Fortuito (Trasmisión Extra-sexual)?*

SI	NO	No Opina	Total
119	54	0	173
68.79 %	31.21%	0	100%

Fuente: Elaboración propia

**Figura 3**

*Item 3: ¿Cree Usted, que es Responsabilidad del Cónyuge que Adquirió la ETS a sabiendas (Transmisión Sexual) y no del que contrajo por Caso Fortuito (Trasmisión Extra-sexual)?*



Fuente: Elaboración propia

**Interpretación** De acuerdo a los datos obtenidos se puede concluir que el 68,79% de los informantes **SI** creen que **tenga responsabilidad el cónyuge que adquirió**

la ETS a sabiendas (transmisión sexual) y el 31,21% NO creen que sea responsabilidad del que la contrajo por caso fortuito (transmisión extra-sexual).

**Tabla 7**

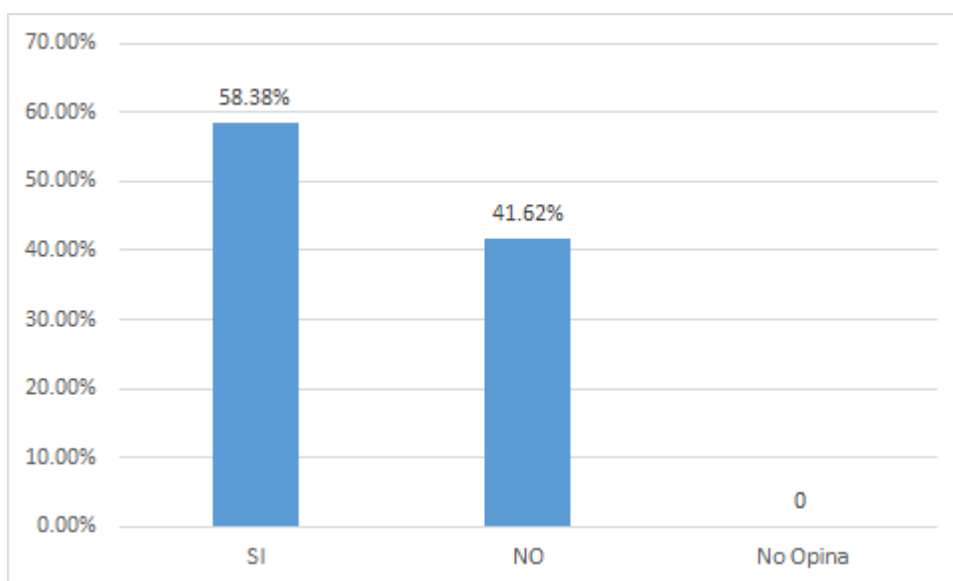
*Item 4: ¿Usted cree que, en la Causal de “Enfermedad Grave de Transmisión Sexual Contraída Después de la Celebración del Matrimonio”, el Legislador al Hacer Referencia al Término “Transmisión Sexual”, se refiere a la causal de divorcio y no la vincula al “Adulterio”, que ya Tiene una Regulación Propia?*

SI	NO	No Opina	Total
101	72	0	173
58.38 %	41.62%	0	100%

*Fuente: Elaboración propia*

**Figura 4**

*Item 4: ¿Usted cree que, en la Causal de “Enfermedad Grave de Transmisión Sexual Contraída Después de la Celebración del Matrimonio”, el Legislador al Hacer Referencia al Término “Transmisión Sexual”, se refiere a la causal de divorcio y no la vincula al “Adulterio”, que ya Tiene una Regulación Propia?*



Fuente: Elaboración propia

**Interpretación** De acuerdo a la obtención de datos, el 58.38% de los informantes **SI** creen que en **la causal de “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, el legislador al hacer referencia al término “transmisión sexual”, se refiere a la causal del divorcio y no la vincula al “Adulterio”, que ya tiene regulación propia.**

**Tabla 8**

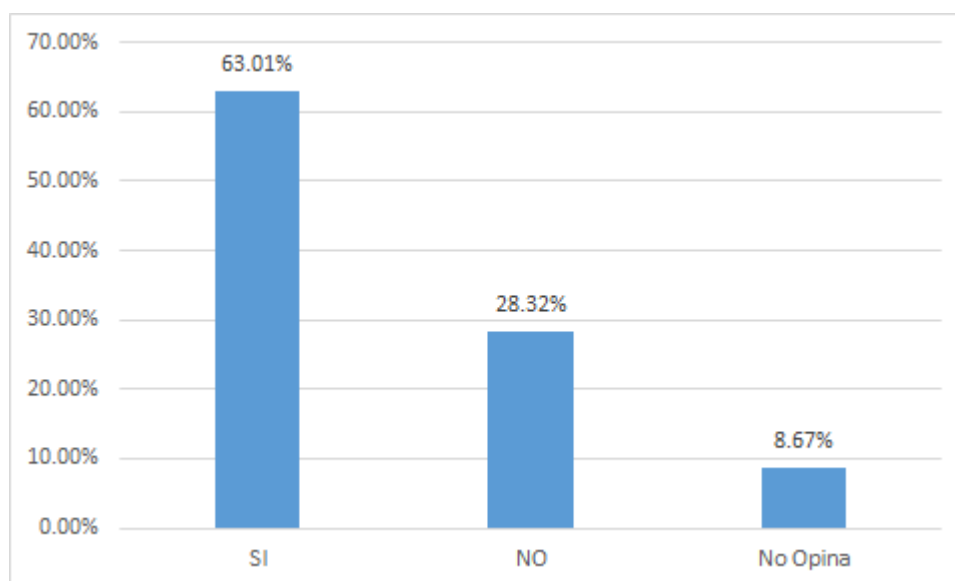
*Ítem 5: ¿Se le Debe Imputar los Efectos del Divorcio al cónyuge que adquirió la enfermedad grave de trasmisión sexual por medios sexuales y no por medios extra-sexuales (transfusión de sangre, órganos, etc.)?*

SI	NO	No Opina	Total
109	49	15	173
63.01 %	28.32%	8.67%	100%

*Fuente: Elaboración propia*

**Figura 5**

*Item 5: ¿Se le Debe Imputar los Efectos del Divorcio al cónyuge que adquirió la enfermedad grave de trasmisión sexual por medios sexuales y no por medios extra-sexuales (transfusión de sangre, órganos, etc.)?*



Fuente : Elaboración propia



**Interpretación.-** De acuerdo a la obtención de datos se puede concluir que el 63.01% de los informantes si creen que **se le impute los efectos del divorcio al cónyuge que adquirió la Enfermedad grave de trasmisión sexual por relaciones sexuales** y el 8.67% **No opinan**.

**Tabla 9**

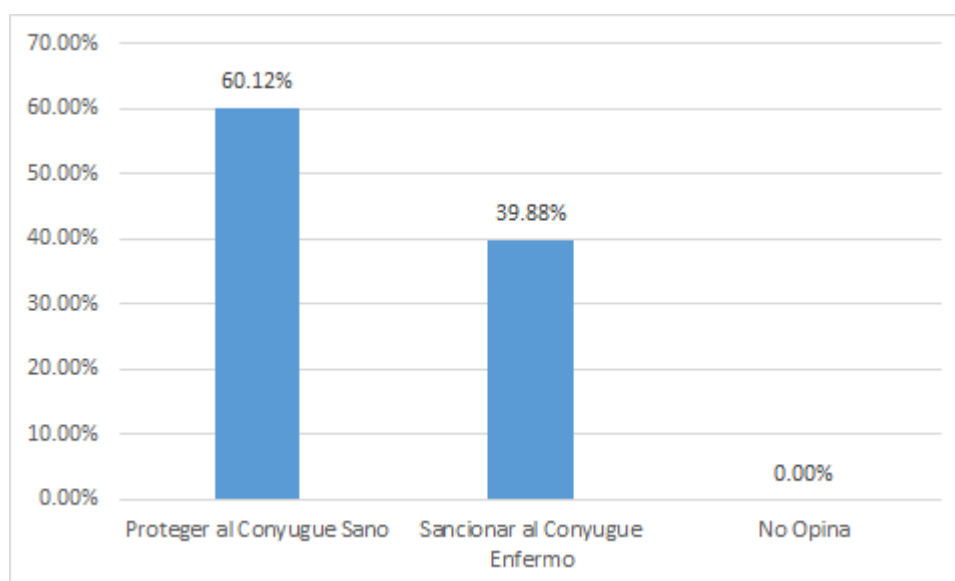
*Item 6: ¿Cuál cree usted que es el fin de la casual de “Enfermedad Grave de Transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”?*

Proteger al cónyuge sano	Sancionar al cónyuge infectado	No Opina	Total
104	69	0	173
60.12%	39.88%	0	100%

Fuente : Elaboración propia

**Figura 6**

*Item 6: ¿Cuál cree usted que es el fin de la casual de “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”?*



Fuente : Elaboración propia

**Interpretación.-** De acuerdo a la obtención de datos se puede concluir que el 60.12% de los informantes **SI** creen que **Proteger al cónyuge sano** es fin de la **causal de “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”**; y el 39,88% creen que el fin es **Sancionar al cónyuge Enfermo**.

**Tabla 10**

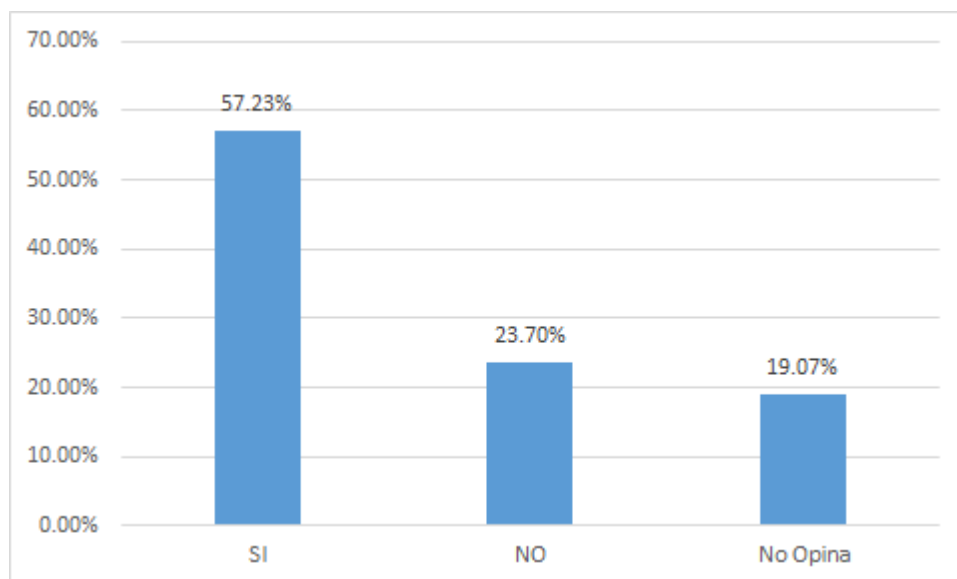
*Item 7: ¿Cree usted que “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, sólo deba considerarse como causal de Divorcio y no de separación de cuerpos?*

SI	NO	No Opina	Total
99	41	33	173
57.23 %	23.7%	19.07%	100%

*Fuente: Elaboración propia*

**Figura 7**

*Item 7: ¿Cree usted que “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, sólo deba considerarse como causal de Divorcio y no de separación de cuerpos?*



Fuente : Elaboración propia

**Interpretación.** De acuerdo a la obtención de datos se puede concluir que el 57.23% de los informantes creen que **“La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, solo deba considerarse como causal de divorcio**, el 23.7% cree que debe considerarse como causal separación de cuerpos; y el 19.07% **NO Opina**.

**Tabla 11**

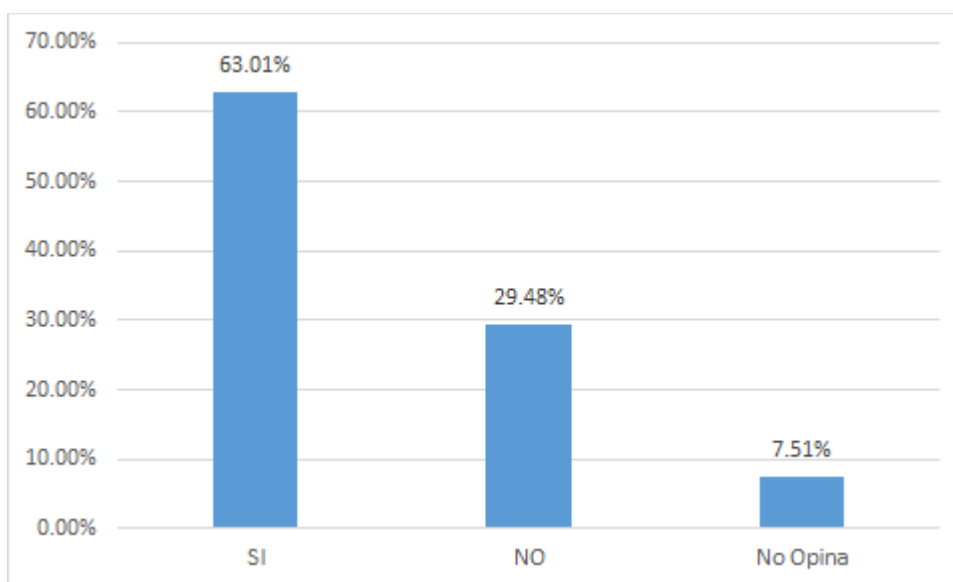
*Item 8: ¿Cree usted que causal de divorcio por “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, deba modificarse precisando haberlo adquirido por el cónyuge infectado por medios sexuales o por actitud dolosa?*

SI	NO	No Opina	Total
109	51	13	173
63.01 %	29.48%	7.51%	100%

*Fuente: Elaboración propia*

**Figura 8**

*Item 8: ¿Cree usted que la causal de divorcio por “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, deba modificarse precisando haberlo adquirido por el cónyuge infectado por medios sexuales o por actitud dolosa?*



Fuente: Elaboración propia

**Interpretación.** De acuerdo a la obtención de datos se puede concluir que el 63.01% de los informantes **SI** creen que **“La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, deba modificarse y agregársele la condición de que dicha enfermedad ha sido adquirida por el cónyuge infectado por medios sexuales o por actitud dolosa;** el 29.48% **No lo cree** y el 7.51% **NO** Opina.

### 3.2. Discusión de resultados

La necesidad de PROPONER LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 349 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EXCLUIR COMO CAUSAL DE DIVORCIO LA ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DE MANERA CULPOSA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO; se torna en una prioridad para solucionar los problemas de equidad y justicia que se observan en los divorcios por esta causal.

Al comparar los datos obtenidos referente a la pregunta *¿A qué teoría del divorcio usted cree que pertenece la causal de “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”?*; los informantes encuestados señalaron con un porcentaje del 66.47% que creen que **la causal de “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”** pertenezca a la **Teoría de divorcio – sanción** y 33.52% creen que pertenece a la **Teoría de divorcio – remedio**. Lo que demuestra que la mayoría de la población encuestada toma la disolución del matrimonio como una sanción para el cónyuge que tiene culpa, pues de los efectos que provengan de este, el cónyuge culpable tendrá que pagar una indemnización, perder las gananciales, etc.

- Los resultados obtenidos se puede contrastar con el estudio realizado por Samos Oroza, R. (2009) en su artículo denominado “Divorcio en el Código de las Familias y del Proceso Familiar”, en donde señala que cuando en el caso aparente que a la empresa matrimonial no le ha sido posible alcanzar los fines para los que fue creada y es ahí que existe una razón subjetiva para divorciarse; se utiliza la expresión un divorcio remedio con el fin precisamente de terminar las uniones en matrimonio cuya continuidad no es posible y que pone de manifiesto el quiebre del matrimonio. También están otras causales o motivos de disolución de matrimonio en los que se hace posible sólo al producirse una falta, imputable a un consorte que es el culpable y el otro, sin culpa. Nos encontramos en este escenario frente a las causales de divorcio sanción, debido a que uno de los cónyuges es quien ha cometido uno o varios

actos, que facultan al otro, que se ha sufrido daños, o ha sido lesionado, perjudicado, para solicitar la desvinculación del matrimonio.

Al comparar los datos obtenidos referente a la pregunta ¿Usted cree que en la causal de Divorcio por “ Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, pueda excluirse la responsabilidad culposa del cónyuge infectado?; los informantes encuestados señalaron con un porcentaje del 82,66% que **SI** creen que en la causal de “**La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio**”, pueda excluirse la responsabilidad culposa del cónyuge infectado; mientras que el 17,34% de los informantes **NO** lo creen, lo que demuestra que la población encuestada en su mayoría considera que el adquirir una ETS por parte del cónyuge culpable puede haber sido resultado de un caso fortuito que es ajena a su responsabilidad.

- Los resultados obtenidos se pueden contrastar con el estudio realizado por parte de La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (2012), en su investigación denominada “Responsabilidad civil del sida en el matrimonio”, en donde señala que las ETS, como enfermedad, generan secuelas jurídicas en el matrimonio; por ello, anticipadamente deberá aclararse de qué modo el consorte afectado adquirió la enfermedad ya que puede ser culpa del enfermo o debido a un caso fortuito. Si hubo culpa por el lado del cónyuge, nos *encontraremos dando cara a un caso de adulterio o de grave injuria por omisión, pues si la contaminación se ocasionó durante una relación sexual con una persona del sexo opuesto, permanecerá tipificada la primera causal; a diferencia de, si el infectado actuó con culpa pero la contaminación no proviene de una relación sexual.*

Al comparar los datos obtenidos referente a la pregunta ¿Cree Usted, que es Responsabilidad del Cónyuge que Adquirió la ETS a sabiendas (Transmisión Sexual) y no del que contrajo por Caso Fortuito (Trasmisión Extra-sexual)?

El 68,79% de los informantes **SI** creen que **tenga responsabilidad el cónyuge que adquirió la ETS a sabiendas (transmisión sexual)** y el 31,21% **NO** creen

**que sea responsabilidad del que la contrajo por caso fortuito (transmisión extra-sexual).** Lo que demuestra que la mayor cantidad de población que realizo encuesta considerando que es injusto que produzca los mismos efectos para el cónyuge infectado por algún caso fortuito, del que fue infectado por su propio actuar irresponsable.

- *Los resultados obtenidos se puede contrastar con el estudio realizado por Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2003), en su investigación denominada “Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad”, en donde señala que a causa de la responsabilidad y en la teoría de la culpa, es obligación distinguir dos posibilidades en relación al factor de atribución: 1. Que la transmisión sea con dolo, refiriéndose a que haya sido efecto de actos negligente por parte del cónyuge que tiene el virus. 2. Que la transmisión también sea con dolo, pudiendo englobar el dolo directo y el dolo eventual. El primero involucra que el sujeto causante tenía intención de hacer daño. El segundo, por el contrario, se produce al mantener relaciones sexuales encubriendo la enfermedad pero sin el propósito de causar un daño.*

Al comparar los datos obtenidos referente a la pregunta *¿Usted cree que, en la Causal de “Enfermedad Grave de Transmisión Sexual Contraída Después de la Celebración del Matrimonio”, el Legislador al Hacer Referencia al Término “Transmisión Sexual”, se refiere a la causal de divorcio y no la vincula al “Adulterio”, que ya Tiene una Regulación Propia?* De acuerdo a la obtención de datos, el 58.38% de los informantes **SI** creen que en **la causal de “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, el legislador al hacer referencia al término “transmisión sexual”, se refiere a la causal del divorcio y un 42.62% la vincula al “Adulterio”, que ya tiene regulación propia.** Lo que demuestra que la falta de especificación del inciso 8, del artículo 333 del código civil puede hacer incurrir a error en el momento de subsumir una situación como causal de enfermedad grave cuando esta a su vez también puede ser subsumida dentro de la causal de adulterio.

- *Los resultados obtenidos se puede contrastar con el estudio realizado por Galdos Dongo, K. (2016), en su tesis denominada “Los fines del proceso y el divorcio por causales”, en donde señala que por la causal de esta naturaleza, lo que busca el legislador es la protección del consorte saludable y, a pesar de esto, tal como está descrito, tiene que haberse producido por “transmisión sexual”, en unos casos podría estar vincula a adulterio, que tiene regulación propia, por esto supuestamente se estaría duplicando estas causales; a pesar de ello se posibilita con esta causal la probanza del demandante, pues es más factible certificar que la enfermedad existe que comprobar el adulterio en sí. Asimismo, esta información hace posible que enfermedades muy graves como el sida, sean consideradas como causal de separación legal o de divorcio.*

Al comparar los datos obtenidos referente a la pregunta *¿Se le debe imputar los efectos del Divorcio al cónyuge que adquirió la enfermedad grave de transmisión sexual por medios sexuales y no por medios extra-sexuales (transfusión de sangre, órganos, etc.)?*; De acuerdo a la obtención de datos se puede concluir que el 63.01% de los informantes si creen que **se le impute los efectos del divorcio al cónyuge que adquirió la Enfermedad grave de trasmisión sexual por relaciones sexuales** y el 8.67% **No opinan**. Lo que demuestra que la falta de especificación del inciso 8, del artículo 333 de nuestro código civil puede hacer incurrir en error al momento de subsumir una situación como causal de enfermedad grave cuando esta a su vez también puede ser subsumida dentro de la causal de adulterio.

- *Los resultados obtenidos se puede contrastar con el estudio realizado por Cabello Matamala, C. (2001), en su artículo denominada “Divorcio ¿remedio en el Perú?”, en donde señala que si las ETS son causal para emitir el divorcio, o para que se produzca debe haberse contraído de modo doloso a causa de haberse relacionado sexualmente de manera extramatrimonial, las posiciones son opuestas, una parte piensa que siendo una causal inculpatoria, debe derivar por causa imputable al consorte exceptuándose en este caso, los casos de enfermedad producto de transfusión sanguínea, accidente laboral o*



*relación sexual sin consentimiento, correspondiendo prevalecer el deber de auxilio y asistencia recíproca que se deben los consortes.*

Al comparar los datos obtenidos referente a la pregunta *¿Cuál cree usted que es el fin de la causal de “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”?*; los encuestados señalaron que 60.12% de los informantes **SI** creen que **Proteger al cónyuge sano** es fin de la **causal de “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”**; y el 27,12% creen que el fin es **Sancionar al cónyuge Enfermo**. Lo que demuestra que las dos posturas sobre el fin de dicha causal son aceptadas por nuestra población, puesto que por un lado se quiere brindar protección al cónyuge sano y por el otro lado se busca sancionar al cónyuge culpable.

- *Los resultados obtenidos se puede contrastar con el estudio realizado por Juárez Rujel, M. (2013), en su tesis denominada “La prohibición de contraer matrimonio entre personas portadoras del VIH regulado en el artículo 241 inciso 2 del código civil y la vulneración del derecho a la igualdad”, en donde señala que nuestra legislación civil vigente, busca proteger la integridad física de los posibles contrayentes y descendientes, para evitar los efectos del matrimonio referidos al divorcio por responsabilidad del cónyuge culpable, como la pérdida de gananciales y pago de una indemnización.*

Al comparar los datos obtenidos referente a la pregunta *¿Cree usted que “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, sólo deba considerarse como causal de Divorcio y no de separación de cuerpos?*; los informantes encuestados señalaron con un porcentaje del 57.23% creen que **“La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, solo deba considerarse como causal de divorcio**, el 23.7% cree que debe considerarse **como causal separación de cuerpos**; y el 19.07% **NO Opina**. Lo que demuestra que existe una necesidad de aclarar el inciso 8 del artículo 333, señalando que esta causal sea solo para

divorcio, siempre y cuando se haya adquirido por actitud dolosa del cónyuge infectado.

- *Los resultados obtenidos se puede contrastar con el estudio realizado por Ruiz Manotas, P. (2017), en su tesis denominada “El divorcio en Colombia y su relación con el posicionamiento social de la mujer”, en donde señala que las circunstancias para configurar la causal divorcio tendrían que ser concurrentes, no será suficiente que la enfermedad o una discapacidad grave o incurable de alguno de los consortes afecte la salud tanto mental como física del otro consorte, sino tiene que probarse que dicha causal le sea imputable por culpa irreprochable del cónyuge infectado; caso contrario puede solicitarse la separación de cuerpos y subsiguiente divorcio por dicha causal.*

Al comparar los datos obtenidos referente a la pregunta *¿Cree usted que causal de divorcio por “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, deba modificarse precisando haberlo adquirido por el cónyuge infectado por medios sexuales o por actitud dolosa?* los informantes encuestados señalaron con un porcentaje del 63.01% de los informantes **SI** creen que **“La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, deba modificarse y agregársele la condición de que dicha enfermedad ha sido adquirida por el cónyuge infectado por medios sexuales o por actitud dolosa;** el 29.48% **No lo cree** y el 7.51% **NO** Opina. Lo que demuestra que existe una necesidad de aclarar el inciso 8 del artículo 333, señalando que esta causal sea causal de divorcio, siempre que este debe ser por actitud dolosa del cónyuge infectado.

- *Los resultados obtenidos se puede contrastar con el estudio realizado por Castillo Freyre, M y Torres Maldonado, M. (2013), en su artículo denominado “Análisis de la enfermedad grave de transmisión sexual como causal de divorcio”, en donde señala que en el supuesto de una grave enfermedad de transmisión sexual, para formar un interés legítimo a efectos de requerir tutela jurisdiccional a causa de uno de los consortes se debe tener los elementos descritos a continuación: a) La enfermedad tiene, obligatoriamente, que ser*

*de transmisión sexual y grave , es decir, tiene que poner en riesgo la integridad del otro consorte y la salud de los hijos. b) Debe haberse adquirido posterior a celebrarse el matrimonio y de manera dolosa. Para ambos supuestos, resulta necesario una modificación urgente del código civil.*

El resultado es coherente con la realidad y en base a estos resultados, en aras de perfeccionar la justicia es pertinente considerar para una reforma de la norma que discrimine la responsabilidad del cónyuge contagiado por dolo versus el cónyuge que se hubiera contagiado culposamente.

### **3.3. Aporte Practico**

Se propone el proyecto de ley que a continuación se detalla.

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ART. 349 DEL  
CÓDIGO CIVIL, APROBADO MEDIANTE DECRETO  
LEGISLATIVO N° 295, PARA PRECISAR Y AMPLIAR LAS  
CAUSALES DE DIVORCIO**

La Bachiller Jerí Díaz Melissa Margot de conformidad con la Constitución Política del Perú, presenta la siguiente iniciativa Legislativa:

#### **I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La familia es considerada una de las instituciones de mayor importancia en la sociedad, en tanto cumple funciones primarias de asegurar la reproducción, cuidado, educación y desarrollo de la pertenencia de los miembros de ésta a una identidad y cultura comunes. Por su parte, además de funciones económicas, sociales y (en algunos casos) políticas, el matrimonio cumple la importante función de darle una estructura específica a la familia de acuerdo a los cánones dominantes en su sociedad específica, al mismo tiempo que formaliza los vínculos que hace posible su continuidad en el tiempo.

Sin embargo, en lo concerniente al matrimonio, también se encuentra prevista la posibilidad de disolver este vínculo, considerando que podrían darse situaciones que evidenciaran la falta de voluntad de los cónyuges de mantener la relación matrimonial o existan situaciones que imposibilitaran la vida en común, aplicando las mismas causales taxativamente señaladas para la separación de cuerpos, según se establece en el artículo 333° del Código Civil:

*"Artículo 333.- Causales*

*Son causas de separación de cuerpos:*

1. *El adulterio.*
2. *La violencia tanto psicológica como física, que el juez observará según las circunstancias.*
3. *El atentar contra la vida del otro consorte.*
4. *La injuria grave, que lleve a la vida en común a una condición de insoportable.*
5. *El abandono sin justificación del hogar por un periodo mayor a dos años continuos o cuando la suma de los períodos de abandono supera este plazo.*
6. *La conducta deshonrosa que convierta la vida en común insoportable.*
7. *El uso injustificado y habitual de sustancias que puedan generar toxicomanía, de drogas alucinógenas, excepto lo señalado en el Artículo 347.*
8. *La enfermedad grave transmitida sexualmente que fue adquirida después de la celebración del matrimonio.*
9. *La homosexualidad sobreviniente a la unión matrimonial.*
10. *La condena a causa de un delito doloso con pena privativa de la libertad que supera los dos años, impuesta posteriormente a ser celebrado el matrimonio.*
11. *La imposibilidad de formar una vida en común, probada en proceso judicial.*

12. *La separación de hecho de los consortes durante un intervalo de tiempo sin interrupción de dos años. Este plazo es de cuatro años si los consortes tuvieran hijos con minoría de edad. En casos como estos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.*
13. *La separación de tipo convencional, luego de dos años de haberse celebrado el matrimonio.*

Con respecto a la causal estipulada en el numeral 8 del artículo 333; en estos últimos años, se han observado casos en los que las Enfermedades de transmisión sexual no son exactamente y exclusivamente contagiadas mediante relaciones sexuales, sino que se han dado casos en que la persona puede haber sido contagiada por casos fortuitos como una transfusión de sangre infectada, una operación quirúrgica con material infectado, etc. Y es en tenor a esto que el derecho tiene que regular todas las situaciones jurídicas que se presenten y salvaguardar no solo al cónyuge afectado, sino también al que sin responsabilidad propia se vio infectado por una ETS.

## **II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

Este proyecto no se contrapone con la Constitución Política Peruana ni está en contra de la normatividad vigente

## **III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

Esta propuesta no constituye costo alguno al erario nacional y tampoco es una iniciativa de gasto; más bien todo lo contrario, la idea subyace en la manifestación de la prioridad que tiene para el Estado la protección igualitaria de todos los miembros de una familia.

## FÓRMULA LEGAL

### LEY COMPLEMENTARIA QUE ESTABLECE LOS CRITERIOS DIFERENCIADORES PARA CONFIGURAN EL DELITO DE FEMINICIDIO

#### **Artículo 1.- Objeto de la Ley**

Esta ley tiene por objetivo modificar lo estipulado en el artículo 349 del código civil aprobado mediante decreto legislativo N° 295, con la finalidad de que la justicia peruana sea igualitaria, equitativa y justa para los miembros de la familia en su totalidad, sin hacer distinción alguna, siempre y cuando el cónyuge infectado haya adquirido esta enfermedad de manera culposa y no a sabiendas.

**Artículo 2.-** Modifíquese el artículo 349° del Código Civil, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295 con el texto siguiente:

*“Artículo 349.- Causales de Divorcio*

- 1. Puede interponerse demanda de divorcio por causales descritas en el Artículo 333, incisos del 1,2,3,4,5,6,7,9,10, 11 y 12*
- 2. Por Enfermedad grave de transmisión sexual contraída posterior a la celebración del matrimonio, adquirida de manera dolosa por relaciones sexuales extramatrimoniales o auto inferida por parte del cónyuge infectado; aun cuando este hubiera contagiado a su consorte.*

#### **Artículo 3.- Derogación de normas que se opongan a la presente Ley**

Quedarán derogadas toda norma que se opongan a la presente ley.

#### **Artículo 4.- Vigencia de la Ley**

La presente ley estará vigente al día siguiente de publicada en el Diario Oficial “El Peruano”.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Con el precepto de “Enfermedad grave de transmisión sexual” como causal de divorcio se pretende proteger la salud física e incluso mental del cónyuge sano y su prole, así como sancionar al cónyuge por su accionar infiel y con una persona que le hubiese transferido el mal; sin embargo dicho causal no distingue entre las ETS contraídas por medio de trato sexual (en la mayoría de los casos) o de manera extra-sexual (que en algunos casos puede producirse, como contagio al utilizar material quirúrgico infectado, por transfusiones de sangre, etc); por lo cual es necesario la modificación del Artículo 349 del Código civil para excluir como causales de divorcio estos casos, con la finalidad de garantizar sus derecho a ser tratado de manera justa e igualitaria dentro de los procesos judiciales de divorcio. Entonces se acepta la hipótesis planteada en el presente estudio.
2. Se ha descrito la situación actual del divorcio en el Perú, observándose un alto porcentaje de divorcios, correspondiendo una parte a la causal de enfermedad grave de transmisión sexual (ETS) contraído posterior a la celebración del matrimonio, sin haberse discriminado y por el contrario incluido tácitamente los casos en que el cónyuge haya contraído la ETS de forma culposa extra-sexual (con inyectables, transfusión de sangre, etc.), debiendo ser excluidos de dicha causal y establecer taxativamente que sólo corresponde a la causal en referencia, los casos de los cónyuges que se contagiaron dolosamente por relaciones sexuales extra matrimoniales o autoinferidas.
3. Se ha descrito en el contenido del presente estudio, los conceptos básicos, normas y jurisprudencia relacionados al estado actual de la enfermedad de transmisión sexual grave posteriormente a la realización del matrimonio como causal de divorcio en el Perú y comparado con la legislación y situación existente en otros países entre ellos España, Colombia, Bolivia, Ecuador, Panamá, Costa Rica, Guatemala, Argentina

y Chile, destacando el país Guatemala que en el artículo 155 Inciso 12 del Código de Familia, contempla como causal de divorcio o separación, el “padecimiento incurable, grave y contagioso, que perjudica al otro esposo o a la descendencia”; y Perú con una causal similar por ETS que requiere perfeccionar en aras de justicia para los casos culposos (extra-sexual).

4. De acuerdo a los datos conseguidos en la investigación realizada, se propone una modificatoria a la norma basado en la jurisprudencia, legislación y complementariamente considerando la posición de población encuestada que opina que es necesario determinar como causal de divorcio aquella conducta dolosa del cónyuge, exponiendo no solo a sí mismo sino a su pareja a una infección de transmisión sexual que puede ocasionarle incluso la muerte, sin embargo, si esta infección se da por una conducta culposa, no debería ser causal de divorcio, pero sí de separación de cuerpos.



## V. RECOMENDACIONES

1. Mejorar el actuar de los operadores de justicia quienes tienen como obligación comprobar y corroborar que el consorte demandante sufre de un mal venéreo adquirido en el matrimonio, que el autor del contagio es el consorte emplazado; así como también verificar que la ETS que afecta al cónyuge emplazado a sido producto de una actitud dolosa e irresponsable de este por mantener relación extra-maritales; mas no por situaciones extra-sexuales y que escapan de su responsabilidad. Puesto que no solo es suficiente alegar como una causal de divorcio “La enfermedad grave de transmisión sexual”.
2. Instar a los juristas y dogmáticos peruanos profundizar más sobre el estudio de la causal de divorcio “La enfermedad grave de transmisión sexual”.
3. Que se de un mejor análisis a través de un pleno Casatorio Civil en donde los jueces supremos desarrollen más a fondo la causal de divorcio “La enfermedad grave de transmisión sexual”, así como los efectos jurídicos que esta produce.
4. Proponer de Lege ferenda la modificación del artículo 349 del Código Civil, en los siguientes términos:  
*“Artículo 349.- Causales de Divorcio*
  3. *Puede solicitarse la demanda de divorcio por las causales que se señalan en el Artículo 333, incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 y 12.*
  4. *Por Enfermedad grave de transmisión sexual contraída posterior a la celebración del matrimonio, adquirida de manera dolosa por relaciones sexuales extramatrimoniales o autoinferida por parte del cónyuge infectado; aun cuando este hubiera contagiado a su consorte.”*

## REFERENCIAS

- Azpiri, J. (2005). Derecho de Familia. 1º Ed., 1º Reimp., Buenos Aires, Argentina: Hammurabi
- Bonnecase, J. (1945). Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Puebla, México: Editorial José M. Cajica Jr.
- Borda, G. (2008). Tratado de Derecho Civil - Familia. Tomo I, 10º Ed. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Cabello Matamala, C. (2001). Divorcio ¿remedio en el Perú?. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, v. 1(54), p. 401 – 418.
- Cabello, C. (1999). Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castán Tobeñas, J. (1914). La crisis del matrimonio. Madrid, España: Hijos de Reus Editores.
- Castillo Freyre, M y Torres Maldonado, M. (2013). Análisis de la enfermedad grave de transmisión sexual como causal de divorcio. Revista Gaceta Jurídica, v. 1(3), p. 9 – 28
- Caviglioli, J. (1947). Derecho canónico. Vol. 2. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Cornejo , H. (1999). Derecho familiar peruano. 10º Ed., Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Diéz-Picazo, L. y Gullón, A. (1986). Sistema de Derecho Civil. Vol. 4, 3º Ed., 2º Reimp. Madrid, España: Tecnos 1986, p. 65.
- Echecopar García, L. (1999). Régimen legal de los bienes en el matrimonio. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Estda Cruz, A. (1974). El divorcio en la legislación peruana: Doctrina, legislación y jurisprudencia. Trujillo, Perú: Lib. y Ed. Bolivariana.

- Galdos Dongo, K. (2016). Los fines del proceso y el divorcio por causales. (Tesis pregrado). Universidad Andina del Cuzco. Cuzco – Perú.
- Gomes, O. (2001). Derecho de Familia. 14<sup>a</sup> ed. Río de Janeiro, Brasil: Forense
- Gómez Ramos, E. (2015). Los modelos legislativos del divorcio sanción vs. Divorcio remedio según el ordenamiento peruano. (Tesis Pregrado). Universidad Señor de Sipán. Chiclayo – Perú.
- Gutierrez Roja, H. (2016), Estrategias de Muestreo, Diseño de encuestas y estimación de Parámetros. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Hernández Tejero, F. (1959). Derecho Romano. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.
- Iglesias, J. (1982). Derecho Romano – Instituciones del Derecho Privado. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Informe Belmont. (2013). Principios éticos y normas para el desarrollo de las investigaciones que involucran a seres humanos.\*. Revista Médica Herediana, 4(3). <https://doi.org/10.20453/rmh.v4i3.424>
- Méndez Costa, M. y D'Antonio, D. (1996). Derecho de Familia. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Monteiro, W. (2001). Curso de Derecho Civil. Vol. 2, 36<sup>o</sup> Ed. Sau Paulo, Brasil: Saraiva.
- Montoya Calle, M. (2006). Matrimonio y separación de Hecho. Perú, Lima: San Marcos.
- Oliveira, G. (2004). Transformaciones en el derecho de la familia. Vol. I. Coimbra, Brasil: Coimbra Editora.
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2003). Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad. Revista Derecho y Sociedad de la PUCP, v. 1(20), p. 251 – 266.

- Plácido Vilcachagua, A. (2002). Manual de Derecho de Familia. Nuevo enfoque del Estudio del Derecho de Familia. 2º Ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Planiol, M. y Ripert, J. (1939). Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo II. La Habana, Cuba: Ed. Cultural.
- Pontes de, M. (200). Tratado de Derecho Privado. Tomo VII, 1º Ed. Campinas, Brasil: Bookseller.
- Ramos Núñez, C. (1990). Acerca del divorcio. Lima, Perú: Gráfica Espinal
- Ramos Núñez, C. (2001). Historia del Derecho Civil peruano siglos XIX y XX. La codificación del siglo XIX: Los Códigos de la confederación y el Código Civil de 1852. Tomo II. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- ↳ (2003). Historia del Derecho Civil peruano siglos XIX y XX. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre. Tomo I. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- Romero Flor, L. (2016). Metodología de la Investigación Jurídica. España: Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla- La Mancha.
- Rodríguez, S. (2002). Derecho Civil - Derecho de Familia., Vol. 6, 27º Ed. Sao Paulo, Brasil: Saraiva.
- Ruiz Lopez, R. (2014). Fundamentos para modificar el artículo 339º del Código Civil, respecto del plazo de caducidad en los procesos de divorcio por causal de adulterio. (Tesis Pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo – Perú.
- Sambrizzi, E. (2010). Tratado de Derecho de Familia. Tomo I, 1º Ed. Buenos Aires, Argentina: La Ley
- Tantaleán Odar, R. (2015). Tipología de las Investigaciones Jurídicas. Revista de Investigación Jurídica AVANCES, v. 10(12), p 113-114. <http://revistas.upagu.edu.pe/index.php/AV/article/view/173>

- Toro Montoya, A y Restrepo Gutiérrez, J. (2011). Hepatitis B. *Revista Medicina & Laboratorio*, v. 17(7 – 8), p. 311 – 329.
- Toro Montoya, A y Restrepo Gutiérrez, J. (2011). Hepatitis C. *Revista Medicina & Laboratorio*, v. 17(9 – 10), p. 411 – 428.
- Valverde, E. (1942). *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*. Lima, Perú: Imprenta del Ministerio de Guerra.
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: Matrimonio y uniones estables*. Tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Venosa, S. (2008). *Derecho Civil – Derecho de Familia*. Vol. 6, 8º Ed. Sao Paulo, Brasil: Atlas.
- Vila-Coro Barrachina, M. (1997). *Huérfanos biológicos*. Madrid, España: Editorial San Pablo.

# ANEXOS

## ANEXO 1: CUESTIONARIO

### DIRIGIDO A JUECES Y ABOGADOS EN MATERIA CIVIL DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

Le agradecemos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene por propósito obtener datos sobre la **causal de divorcio por enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio**, siendo de carácter anónimo.

Para el efecto, dígnese marcar sólo una alternativa de cada pregunta con X o + dentro del paréntesis de su elección.

**Cargo que desempeña:**      **Abogados ( )**                      **Juez ( )**                      **Otros ( )**

**1.1. ¿A qué teoría del divorcio usted cree que pertenece la causal de “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”?**

- a) Divorcio – sanción ( )
- b) Divorcio - remedio ( )
- c) Ninguna ( )

**1.2. ¿Usted cree que en la causal de divorcio por “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, pueda excluirse la responsabilidad culposa del cónyuge infectado?**

- a) Si ( )
- b) No ( )
- c) Ninguna ( )

**1.3. ¿Cree usted, que es responsabilidad del cónyuge que adquirió la ETS a sabiendas (transmisión sexual) y no del que la contrajo por caso fortuito (transmisión extra-sexual)?**

- a) Si ( )
- b) No ( )
- c) No opina ( )

**1.4. ¿Usted cree que en la causal de la “enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio” el legislador al hacer referencia al término “transmisión sexual” Se refiere a la causal de divorcio y no la vincula al adulterio que ya tienen una regulación propia?.**

- a) Si ( )
- b) No ( )
- c) No opina ( )



**1.5. ¿Cree usted que es justo imputarle los efectos del divorcio al cónyuge que adquirió la enfermedad grave de transmisión sexual por medios sexuales y no por medios extra-sexuales (transfusión de sangre, órganos, etc.)?**

- a) Si ( )
- b) No ( )
- c) No opina ( )

**1.6. ¿Cuál cree usted que es el fin de la causal de divorcio “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”?**

- a) Proteger al cónyuge sano ( )
- b) Sancionar al cónyuge infectado ( )
- c) No opina ( )

**1.7. ¿Cree usted que “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, sólo deba considerarse como causal de Divorcio y no de separación de cuerpos?**

- a) Si ( )
- b) No ( )
- c) No opina ( )

**1.8. ¿Cree usted que la causal de divorcio por “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, deba modificarse**

**precisando haberlo adquirido por el cónyuge infectado por medios sexuales o por actitud dolosa?**

- d) Si ( )
- e) No ( )
- f) No opina ( )

## **ANEXO 2: MATRIZ DE CONSISTENCIA**

### **TÍTULO: DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL POR ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO**

VARIABLES	PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
<p><b>INDEPENDIENTE :</b></p> <p>Modificación del artículo 349 del código civil</p>	<p>¿Cómo excluir como causal de divorcio la enfermedad peligrosa de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio?</p>	<p>La Necesidad de modificar el artículo 349 (Causales de divorcio) del Código Civil para excluir como causal de divorcio la enfermedad peligrosa de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio; se ve afectada por el trato discriminatorio que recibiría la parte demandada dentro de un proceso de divorcio y los consecuentes efectos negativos que recaerían en su persona (pago de reparación, pérdida de sociedad de gananciales, etc.), cuando no ha sido por una actitud</p>	<p><b>GENERAL:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Proponer la modificación del Artículo 349 del Código civil para excluir como causal de divorcio la grave enfermedad de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio.</li> </ul> <p><b>ESPECÍFICOS:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Describir la situación actual de divorcio en el Perú.</li> <li>2. Describir los conceptos básicos, normas y jurisprudencia respecto al</li> </ol>
<p><b>DEPENDIENTE:</b></p> <p>Divorcio por enfermedad grave de transmisión sexual</p>			

		<p>dolosa de este/a, el haber sido infectado de una grave enfermedad de transmisión sexual, sino por causa que escapa de su responsabilidad.</p>	<p>estado actual de la enfermedad de transmisión sexual grave posteriormente a la realización del matrimonio como causal de divorcio.</p> <p>3. Proponer una propuesta legislativa que modifique del artículo 349 del Código civil para excluir como causal de disolución de matrimonio la enfermedad de transmisión sexual grave adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio.</p>
--	--	--	---

ANEXO 3: FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO



**FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO POR JUICIO DE EXPERTOS**

<b>1. NOMBRE DEL JUEZ</b>		LUIS A. HEREDIA CLAVO
<b>2.</b>	<b>PROFESIÓN</b>	ABOGADO
	<b>ESPECIALIDAD</b>	-----
	<b>GRADO ACADÉMICO</b>	ABOGADO
	<b>EXPERIENCIA PROFESIONAL (AÑOS)</b>	9 AÑOS
	<b>CARGO</b>	Asesor legal del SUTEP Presidente del Consejo de Ética profesional del ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque
<p><b>TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:</b>  <b>DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL POR ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO</b></p>		
<b>3. DATOS DEL TESISISTA</b>		
3.1	NOMBRES Y APELLIDOS	MELISSA MARGOT JERÍ DÍAZ
3.2	ESCUELA PROFESIONAL	DE DERECHO
<b>4. INSTRUMENTO EVALUADO</b>		1. Entrevista ( ) 2. Cuestionario ( X ) 3. Lista de Cotejo ( ) 4. Diario de campo ( )
<b>5. OBJETIVOS DEL INSTRUMENTO</b>		<p><u>GENERAL:</u>                      Conocer las opiniones de Jueces, Abogados especializados en materia Administrativa, y especialista en el tema de procesos de adopción administrativa</p>

	<p>acerca de Proponer la modificación del Artículo 349 del Código civil para excluir como causal de divorcio la grave enfermedad de transmisión sexual adquirida de manera culposa después de la celebración del matrimonio</p>	
	<p><u>ESPECÍFICOS:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Conocer su opinión sobre si tienen la misma responsabilidad el conyugue que adquirió la ETS por caso fortuito (transmisión extra-sexual), del que la contrajo a sabiendas (transmisión sexual).</li> <li>2. Conocer su opinión acerca de La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, el legislador al hacer referencia al término “transmisión sexual”, pueda vincularla con la causal de “Adulterio”, que ya tiene una regulación propia</li> <li>3. Conocer su opinión acerca de si es justo imputarle los efectos del divorcio al conyugue que adquirió la Enfermedad grave de transmisión sexual por medios extra-sexuales.</li> </ol>	
<p>A continuación se le presentan los indicadores en forma de preguntas o propuestas para que usted los evalúe marcando con un aspa (x) en “A” si está de ACUERDO o en “D” si está en DESACUERDO, SI ESTÁ EN DESACUERDO POR FAVOR ESPECIFIQUE SUS SUGERENCIAS</p>		
Nº	6. DETALLE DE LOS ITEMS DEL INSTRUMENTO	ALTERNATIVAS

01	<p>Considera que la pregunta <b>Cargo que desempeña:</b></p> <p>Juez ( )</p> <p>Abogados ( )</p>	<p>A ( X ) D ( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
02	<p>Considera que la pregunta <b>¿A qué teoría del divorcio usted cree que pertenece la causal de “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”?</b></p> <p>a. Divorcio – sanción ( )</p> <p>b. Divorcio - remedio ( )</p> <p>c. Ninguna ( )</p>	<p>A ( X ) D ( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
03	<p>Considera que la pregunta <b>¿Usted cree que en la causal de divorcio por “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, pueda excluirse la responsabilidad culposa del conyuge infectado.</b></p> <p>a. Si ( )</p> <p>b. No ( )</p> <p>c. Ninguna ( )</p>	<p>A ( X ) D ( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
04	<p>Considera que la pregunta <b>¿Cree usted, que es responsabilidad del cónyuge que</b></p>	<p>A ( X ) D ( )</p>

	<p>adquirió la ETS a sabiendas (transmisión sexual) y no del que la contrajo por caso fortuito (transmisión extra-sexual)?</p> <p>a. Si ( )  b. No ( )  c. No opina ( )</p>	<p>SUGERENCIAS:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
05	<p>Considera que la pregunta ¿Usted cree que en la causal de la “enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio” el legislador al hacer referencia al término “transmisión sexual” Se refiere a la causal de divorcio y no la vincula al adulterio que ya tienen una regulación propia?.</p> <p>a. Si ( )  b. No ( )  c. No opina ( )</p>	<p>A( X ) D( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
06	<p>Considera que la pregunta ¿Cree usted que es justo imputarle los efectos del divorcio al conyugue que adquirió la enfermedad grave de transmisión sexual por medios sexuales y no por medios extra-sexuales (transfusión de sangre, órganos, etc.)?</p> <p>a. Si ( )  b. No ( )  c. No opina ( )</p>	<p>A( X ) D( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>



07	<p>Considera que la pregunta ¿Cuál cree usted que es el fin de la causal de divorcio “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”?</p> <p>a. Proteger al cónyuge sano ( )  b. Sancionar al cónyuge infectado ( )  c. No opina ( )</p>	<p>A ( X ) D ( )</p> <p>SUGERENCIAS:  .....  .....  .....  .....</p>
08	<p>Considera que la pregunta ¿Cree usted que “La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, sólo deba considerarse como causal de Divorcio y no de separación de cuerpos?</p> <p>a. Si ( )  b. No ( )  c. No opina ( )</p>	<p>A ( X ) D ( )</p> <p>SUGERENCIAS:  .....  .....  .....  .....</p>
09	<p>Considera que la pregunta ¿Cree usted que la causal de divorcio por “Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio”, deba modificarse precisando haberlo adquirido por el cónyuge infectado por medios sexuales o por actitud dolosa?</p> <p>a. Si ( )  b. No ( )  c. No opina ( )</p>	<p>A ( X ) D ( )</p> <p>SUGERENCIAS:  .....  .....  .....  .....</p>

<b>PROMEDIO OBTENIDO:</b>	A ( <input checked="" type="checkbox"/> ) D ( <input type="checkbox"/> )
<b>7. COMENTARIOS GENERALES</b> El trabajo de investigación tratado es muy interesante, que permitirá modificar el código vigente, en beneficio de muchos casos.	
<b>8. OBSERVACIONES:</b> El cuestionario es un instrumento adecuado para los fines trazados en esta investigación.	


Luis A. Heredia Claver  
ABOGADO  
ICAL. 5524

---

**Juez Experto**

## ANEXO 4: CÁLCULO DE CONFIABILIDAD

### ALFA DE CRONBACH

$$\alpha = \frac{K}{K - 1} \left[ 1 - \frac{\sum Vi}{Vt} \right]$$

### DATOS PROCESADOS EN EXCEL

Numero de Items	K	8
Suma Varianzas por Items	$\sum vi$	0.9
Varianza por suma valores	Vt	3.51111111
Alfa de Cronbach		0.84990958

### DATOS PROCESADOS EN SPSS

<b>Resumen de procesamiento de casos</b>			
		N	%
Casos	Válido	10	100.0
	Excluido <sup>a</sup>	0	0.0
	Total	10	100.0
a. La eliminación por lista se basa en todas las variables			
<b>Estadísticas de</b>			
Alfa de Cronbach	N de elementos		
0.817	8		

ANEXO 5: JURISPRUDENCIA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE  
CASACION Nº 2503-2014  
ICA

**Motivación incongruente e insuficiente**

Existe motivación incongruente cuando los órganos judiciales no resuelven las pretensiones de manera congruente con los términos en que vienen planteadas, e insuficiente cuando no existe el mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada; lo cual se ha configurado en las sentencias de mérito.  
Const. 139, incisos 3 y 5.  
CPC: 122, inciso 3  
TUO LOPJ: 12.

Lima, once de junio de dos mil quince.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA:** vista la causa número dos mil quinientos tres - dos mil catorce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia:

**I. MATERIA DEL RECURSO:**

En el presente proceso de divorcio por causal de enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, la demandante Susy Liliana Aparcana García, ha interpuesto recurso de casación de folios trescientos cincuenta y seis, contra la sentencia de vista de fecha veintisiete de junio de dos mil catorce, de folios trescientos cuarenta y cinco, dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia de primera instancia de fecha trece de noviembre de dos mil trece, de folios trescientos once, que declara infundada la demanda, y reformándola declara improcedente la demanda interpuesta contra Joaquín Alejandro Díaz Donayre.

**II. ANTECEDENTES:**

**1. DEMANDA:**

Mediante escrito de fecha veintiuno de noviembre de dos mil once, de folios diecisiete, subsanado a folios treinta y uno, Susy Liliana Aparcana García



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 2503-2014  
ICA

interpone demanda de divorcio por causal de enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración matrimonio contra Joaquín Alejandro Díaz Donayre, señalando como pretensiones: a) Se declare el divorcio absoluto por la citada causal, b) Poner fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, c) Otorgarle la patria potestad y tenencia de sus menores hijo, y d) Determinar el régimen de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos.

Alega como sustento de su pretensión que el veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis contrajo matrimonio civil con el demandado, dentro del cual nacieron sus dos menores hijos con fecha cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y seis y veintitrés de enero de dos mil tres, siendo que durante la gestación y después del nacimiento de su primer hijo, experimentó irregularidades en sus genitales externas, no presentadas antes de mantener relaciones con el demandado, a lo cual no brindó la debida importancia. Sin embargo, en diciembre de mil novecientos noventa y ocho presentó un fuerte dolor a nivel de sus genitales que le impedían realizar actividades normales, por lo que se practicó un examen de descartar de sífilis que resultó negativo. Posteriormente presentó nuevas recaídas, por lo que acudió al Centro médico Inppares tomándosele una muestra de sangre el veinte de abril de dos mil dos, arrojando resultado positivo a Herpes Tipo II, por lo que a partir de dicha fecha a recibido tratamiento para contrarrestar los síntomas de la enfermedad, de la cual el demandado tiene pleno conocimiento, al haberle imputado ser el agente transmisor, practicando la abstinencia sexual desde hace cuatro o cinco años aproximadamente.

Agrega que ante su negativa de hacer vida marital, el demandado la ha agredido físicamente, existiendo una sentencia sobre violencia familiar en su contra. Tomó conocimiento que el demandado también era portador del virus cuando éste se realizó exámenes médicos en una ONG. Actualmente, añade, el demandado la



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 2503-2014  
ICA

chantajea con comunicaciones que mantuvo con una ex pareja que se encuentra en Estados Unidos.

Asimismo, manifiesta que el único bien adquirido dentro del matrimonio es el inmueble ubicado en la Urbanización Puente Blanco Tercera Etapa, Calle Cascabel L-02, Ica, en el cual constituyeron su hogar, encontrándose aún pendiente su cancelación total, habiendo asumido el pago de las mensualidades correspondientes; debe ordenarse que la tenencia de sus menores hijos la ostente la demandante, sin perjuicio del régimen de visitas que al efecto deberá imponerse al demandado; y, debe ordenarse una pensión de alimentos a favor de dichos menores equivalente al cuarenta por ciento de los ingresos del demandado como servidor de la Dirección Regional de Salud de Ica.

2. CONTESTACIÓN:

El demandado Joaquín Alejandro Díaz Donayre, contesta la demanda a folios ochenta y cuatro, alegando que la actora recién en el año dos mil le comunicó de su enfermedad, ante lo cual le reclamó a ésta, porque él no presentaba ningún síntoma, siendo que en el año dos mil siete ella le recrimina ser el responsable de su padecimiento, no obstante aún no presentaba síntomas sino hasta marzo de dos mil once. Añade que con la actora han tenido relaciones íntimas hasta julio de dos mil once, en que descubrió que ella mantenía comunicaciones subidas de tono con un ex enamorado que reside en Estados Unidos.

Agrega que antes del matrimonio civil entre ambos, se realizaron una serie de exámenes y todos salieron negativos, no habiéndole sido infiel a la actora. Asimismo, no es cierto que la haya agredido, debiendo ordenarse la tenencia de sus menores hijos a su favor, desconociendo como se han contagiado con la enfermedad.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 2503-2014  
ICA

**3. PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

Se determinaron como puntos controvertidos los siguientes:

- 3.1 Acreditar la causal de enfermedad grave de transmisión sexual como causal de divorcio.
- 3.2 El fenecimiento de la sociedad de gananciales.
- 3.3 Régimen de la patria potestad, tenencia de los menores, así como el régimen de visitas.
- 3.4 Determinar la pensión alimenticia para los menores.

**4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fecha trece de noviembre de dos mil trece, de folios trescientos once, declaró infundada la demanda, considerando que si bien es cierto está acreditado que la demandante y el demandado padecen de Herpes II (IgG), habiéndosele diagnosticado a la actora dicha enfermedad en mil novecientos noventa y ocho, también lo es que no se ha demostrado que el demandado haya contagiado a su cónyuge, como tampoco que ésta se encontrara en buen estado de salud antes de la celebración del matrimonio, no pudiendo determinarse quién adquirió la enfermedad primero.

**5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:**

Mediante escrito de fecha veinticinco de noviembre de dos mil trece, de folios trescientos diecinueve, Susy Liliana Aparcana García, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que: a) Se ha contravenido el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; b) se debió emitir un pronunciamiento sobre las pretensiones accesorias, toda vez que todo tipo de patología que sea contagiosa, como es el caso que ha tenido como



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 2503-2014  
ICA

victima a la demandante, implicaría una causal de divorcio; c) no se ha efectuado una adecuada valoración de las pruebas; d) se transgrede el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; e) ha adquirido la enfermedad transmitida por su esposo después del matrimonio; f) es un imposible jurídico que se acredite quién ha sido el agente de contagio; y, g) el demandado no ha iniciado acción alguna por la causal invocada en la demanda, en el supuesto que sea la actora quien transmitió el virus.

**6. SENTENCIA DE VISTA:**

Elevados los autos a la Sala Superior en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante sentencia de vista de fecha veintisiete de junio de dos mil catorce, de folios trescientos cuarenta y cinco, revocó la sentencia de primera instancia, y reformándola declaró improcedente la demanda, sosteniendo que la causal prevista en el artículo 333, inciso 8 del Código Civil, esto es, la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, busca proteger al cónyuge sano y a la prole; sin embargo, está acreditado que la demandante y el demandado se encuentran contagiados por la misma enfermedad sexual, por lo que no existe peligro de contagio para uno de los cónyuges, ni peligro para la prole, en tanto se encuentran separados y no mantienen relaciones íntimas conforme a lo manifestado por ellos mismos, careciendo en consecuencia la actora de interés para obrar.

**III. RECURSO DE CASACIÓN:**

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha tres de octubre de dos mil catorce, obrante a fojas treinta y cuatro del respectivo cuaderno formado, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante Susy





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 2503-2014  
ICA

Liliana Aparcana Garcia, por la infracción del artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 333 inciso 8 del Código Civil.

**IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:**

PRIMERO.- Que, estando a los argumentos expuestos durante el transcurso del proceso así como en el recurso de casación, la controversia gira en determinar si corresponde declararse el divorcio entre la demandante y el demandado por la causal de enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio, y en consecuencia, emitir un pronunciamiento respecto a la finalización del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos.

SEGUNDO.- Que, habiéndose declarado procedente el recurso de casación por normas procesales así como normas materiales, corresponde en primer término efectuar el análisis sobre la existencia del error procesal, toda vez que, de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto de la infracción normativa material, referida al derecho controvertido en la presente causa.

TERCERO.- Que, resulta adecuado precisar que, el artículo 139.3 de la Constitución Política del Estado ha establecido como un derecho relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional "**la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional**". Sobre esta el Tribunal Constitucional ha señalado que supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, mientras que sobre aquel ha expresado que significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; resultando oportuno citar al