

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA DEROGACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO
POR VULNERAR EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN
EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA 2015”.**

TESIS

PRESENTADO POR:

BACH. ROBERTO EDUARDO ARMAS CRUZ

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

TACNA-PERÚ

2018

Agradezco a Dios por el don de la vida y por guiarme por la senda del bien, así también por permitirme tener una gran experiencia dentro de mi Universidad.

Del mismo modo agradezco a mis docentes por cada día de preocupación dedicado a la enseñanza de mi formación académica y formación como abogado.

Dedico este humilde trabajo a mi familia en especial a mi madre y al Pbro. Ricardo, quien siempre se preocupa por la unión y la estabilidad familiar; agradeciéndoles por sus consejos y lecciones de vida.

RESUMEN

El divorcio es un problema social que viene afectado a las familias unidas en matrimonio, ya que la familia es la base de la sociedad, sin embargo con la inclusión de la causal de separación de hecho, se atenta contra la familia y no se cumple el rol constitucional de proteger a la familia, ya que con dicha causal el Estado permite que el cónyuge culpable pueda acudir al órgano jurisdiccional solicitando la disolución del vínculo matrimonial, es decir premia al cónyuge culpable por la desintegración de la familia.

La presente investigación se realizó con el fin de demostrar que las familias se van desintegrando y el promotor de dicha desintegración es el Estado quien no cumple su rol Constitucional de promover el matrimonio y proteger la familia ya que mediante los legisladores aumentan las causales de divorcio y estas son cada vez más flexibles, y sobre todo dan pie que cualquier cónyuge puede demandar aun si es o no perjudicado.

Por lo tanto, el Estado no puede permitir que el cónyuge culpable se beneficie invocando la causal de separación de hecho.

Palabras clave: Familia, matrimonio, divorcio, cónyuge culpable, cónyuge agraviado, causales.

ABSTRACT

The divorce is a social problem that is affected to the families united in marriage, since the family is the base of the society, nevertheless with the inclusion of the cause of separation of fact, the family is threatened and the constitutional role of protecting the family, since with this cause the State allows the guilty spouse to go to the court requesting the dissolution of the marriage bond, that is to reward the spouse guilty for the disintegration of the family.

The present investigation was carried out with the purpose of demonstrating that families are disintegrating and the promoter of this disintegration is the State who does not fulfill its Constitutional role of promoting marriage and protecting the family since through the legislators increase the grounds for divorce and These are increasingly flexible, and above all give rise to any spouse can sue even if it is damaged or not.

Therefore, the State can not allow the guilty spouse to benefit by invoking the grounds of de facto separation.

KEY WORDS: Family, marriage, divorce, guilty spouse, aggrieved spouse, causes.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	17
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	18
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	18
1.2. ANTECEDENTES.....	20
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.3.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.3.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.4. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA	21
1.4.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	21
1.4.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	22
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	22
1.5.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD	22
1.5.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL	22
1.5.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	22
1.5.4. DELIMITACIÓN SOCIAL.....	22
1.6. OBJETIVO	23
1.6.1. GENERAL.....	23
1.6.2. ESPECÍFICOS	23
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	24
SUB CAPÍTULO I: LA FAMILIA	25
1. ETIMOLOGÍA	25
2. CONCEPTO	25
3. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA	26
4. LA FAMILIA: INSTITUCION SOCIAL	28
5. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA.....	29
6. FAMILIAS DE ORIGEN MATRIMONIAL	31
7. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA	32
8. FUNCIONES DE LA FAMILIA	33
a) Función regladora de las relaciones sexuales	33
b) Función reguladora de reproducción.....	33
c) Función económica de la familia	33
d) Función educativa y socializadora.....	33
e) Función especialmente afectiva	33
9. TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y CONCEPTO TRADICIONAL DE FAMILIA.....	34

10.	PRINCIPIO DE PROTECCION DE LA FAMILIA	35
11.	FINALIDAD DE REGULAR A LA FAMILIA.....	36
12.	PERSONA, FAMILIA Y MATRIMONIO: ¿LA BÚSQUEDA DE LA PERMANENCIA?	38
13.	EL DERECHO DE FAMILIA.....	39
14.	DERECHO FAMILIAR.....	41
14.1.	DERECHO FAMILIAR PRECOLONIAL SEGÚN EL DOCTOR JAVIER PERALTA ANDÍA.....	41
14.1.1.	DERECHO FAMILIAR PREINCA	41
14.1.2.	DERECHO FAMILIAR INCA	41
14.2.	DERECHO FAMILIAR COLONIAL SEGÚN EL DOCTOR JAVIER PERALTA ANDÍA	42
14.2.1.	DERECHO FAMILIAR INDIANO.....	43
14.2.2.	DERECHO CASTELLANO	43
14.3.	DERECHO FAMILIAR REPUBLICANO SEGÚN EL DOCTOR JAVIER PERALTA ANDÍA.....	44
14.3.1.	PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL DE LORENZO VILDAURRE	44
14.3.2.	CÓDIGO CIVIL DE SANTA CRUZ	45
14.4.	DERECHO FAMILIAR PERUANO	45
14.4.1.	“CÓDIGO CIVIL DE 1852	45
14.4.2.	CÓDIGO CIVIL DE 1936.....	46
14.4.3.	CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	47
15.	DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO NATURAL	47
SUB CAPÍTULO II: MATRIMONIO		49
1.	ANTECEDENTES	49
2.	ANTECEDENTES PERUANOS	50
3.	ETIMOLOGÍA.....	51
4.	ORIGEN DEL MATRIMONIO	51
5.	EL MATRIMONIO EN LA ANTIGÜEDAD.....	52
5.1.	EL MATRIMONIO PRIMITIVO	52
a)	El matrimonio consanguíneo.....	52
b)	El matrimonio panalúa.....	52
c)	El matrimonio sindiásmico	52
d)	El matrimonio patriarcal.....	52
e)	El matrimonio monógamo	52
5.2.	MATRIMONIO EN EGIPTO.....	53
5.3.	EL MATRIMONIO EN LA INDIA.....	53

5.4.	EL MATRIMONIO EN PERSIA	54
5.5.	EL MATRIMONIO EN EL PUEBLO HEBREO	54
5.6.	EL MATRIMONIO EN GRECIA.....	55
5.7.	EL MATRIMONIO EN IRAN	55
5.8.	EL MATRIMONIO EN ROMA	56
6.	SISTEMAS MATRIMONIALES.....	56
7.	ETIMOLOGÍA.....	57
8.	CONCEPTO	58
9.	FINES DEL MATRIMONIO	59
10.	PRINCIPIO DE PROTECCION AL MATRIMONIO	60
11.	NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	61
12.	FAMILIAS DE ORIGEN EXTRAMATRIMONIAL:	62
	a) Familia concubinaria propia	62
	b) Familia concubinaria impropia	63
	c) Familia religiosa	63
	d) Familia andina basada en el servinakuy	63
	e) Familia amazónica	63
	f) Familias nacidas de relaciones circunstanciales	63
13.	CARACTERES JURÍDICOS DEL MATRIMONIO	64
	a) “Institución del Derecho de Familia	64
	b) Unión de un varón y de una mujer	64
	c) Legalidad.....	64
	d) Comunidad de vida	64
14.	CLASES O TIPOS DE MATRIMONIO	65
	a) “Por la autoridad legal.....	65
	b) Por la condición de los contrayentes.....	65
	c) En cuanto a su publicidad.....	65
	d) Por las circunstancias de su realización.....	65
	e) Por sus efectos	65
15.	REGULACION DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	66
16.	MATRIMONIO, INSTITUCION DE DERECHO NATURAL	68
17.	MATRIMONIO: ¿SOCIEDAD O COMUNIDAD?	68
18.	REGULACION DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COMPARADA	69
	a. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	69

b.	LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	71
c.	LEGISLACION CHILENA	72
d.	LEGISLACION ECUATORIANA.....	72
SUB CAPÍTULO III: DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO.....		74
1.	UBICACIÓN	74
2.	CONCEPTO	74
3.	DIFERENCIA DEL DECAIMIENTO DEL VÍNCULO CON EL DIVORCIO	75
4.	CAUSALES DE SEPARACIÓN DE CUERPOS.....	77
5.	CARACTERES DE LAS CAUSALES CULPABLES DE SEPARACION PERSONAL (O SEPARACION DE CUERPOS)	77
a)	Taxatividad.....	77
b)	Gravedad.....	77
c)	Imputabilidad	78
d)	Invocabilidad	78
e)	No se excluyen entre sí	78
c)	Acreditación probatoria	78
d)	Referirse a hechos posteriores al matrimonio.....	78
6.	CAUSALES DE SEPARACIÓN DE CUERPOS.....	79
7.	SISTEMAS LEGISLATIVOS DE SEPARACION PERSONAL Y DIVORCIO VINCULAR.....	80
SUB CAPÍTULO IV: DIVORCIO		82
1.	UBICACIÓN	82
2.	DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.....	82
a)	La muerte de uno de los cónyuges	82
b)	El divorcio.....	82
3.	ETIMOLOGÍA.....	83
4.	ADVERTENCIA.....	83
5.	HISTORIA DEL DIVORCIO EN EL PERÚ	84
6.	ANTECEDENTES	84
7.	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	85
8.	ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	87
9.	LA LEY DE DIVORCIO EN EL PERÚ	88
10.	CONCEPTO	91
11.	FACTORES QUE JUEGAN EN EL DIVORCIO	92
12.	TEORIAS SOBRE EL DIVORCIO	93
a)	Divorcio Sanción	93

b) Divorcio Remedio.....	93
13. EL DIVORCIO SANCION, DIVORCIO QUIEBRA Y DIVORCIO REMEDIO FRENTE AL DIVORCIO INCAUSADO.....	94
14. SISTEMA DIVORCISTA PERUANO	95
15. DIVORCIO POR CAUSAL	97
16. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO	99
17. DIVORCIO Y RELACION PATERNO – FILIAL.....	101
18. EL DIVORCIO COMO DISOLUCION DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: LA GÉNESIS DE UNA REALIDAD.....	102
19. ¿DERECHO AL DIVORCIO?.....	102
20. EL DIVORCIO EN EL PERÚ Y ESPAÑA	104
21. RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN PERÚ Y ESPAÑA.....	105
22. EL RÉGIMEN DE DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO ANTES DE LA VIGENCA DE LA LEY N° 27495.....	108
22.1. LA SEPARACIÓN O DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL	108
22.1.1. LAS CAUSAS INCULPATORIAS	108
22.1.2. EL ABANDONO INJUSTIFICADO DEL DOMICILIO CONYUGAL	109
22.1.3. LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN PERSONAL.....	110
22.1.4. LA RECONCILIACIÓN CONYUGAL	110
23. EL REGIMEN DE DECAIMIENTO Y DISOLUCION DEL MATRIMONIO DESPUES DE LA VIGENCA DE LA LEY N° 27495	111
23.1. LOS SISTEMAS LEGALES DEL DIVORCIO.....	111
23.2. LA INCORPORACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	112
24. NOTA DE LA CONFEDERACION CATÓLICA DE PADRES DE FAMILIA:	112
25. REGULACION DEL DIVORCIO EN LA LEGISLACION COMPARADA	113
25.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	113
25.2. LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	114
25.3. LEGISLACIÓN ARGENTINA.....	115
SUB CAPÍTULO V: CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.....	117
1. ANTECEDENTES.....	117
2. ANÁLISIS DE LA LEY 27495	118
2.1. LA SEPARACIÓN DE HECHO	118

2.2.	ANTES DE LA LEY 27495	119
2.3.	CAMBIO DEL RÉGIMEN IMPERANTE	120
2.4.	EL NUEVO RÉGIMEN.....	121
3.	PROYECTO DE LEY SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO	123
4.	COMENTARIO SEGÚN LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.....	132
5.	CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO.....	134
6.	CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN HECHO.....	136
7.	CALIFICACION JURIDICA DE LA SEPARACION DE HECHO	138
8.	ELEMENTOS DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	139
	a. ELEMENTO OBJETIVO	139
	b. ELEMENTO SUBJETIVO	139
	c. ELEMENTO TEMPORAL	139
9.	ALEGACION DE LA CULPABILIDAD EN LA SEPARACION DE HECHO	143
10.	IMPLICANCIAS DEL DIVORCIO POR SEPRACION DE HECHO	144
11.	EL PRINCIPIO DE NO BASAR LA CAUSAL EN “DERECHO PROPIO”	145
12.	LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DESPUÉS DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL.....	147
13.	DIFERENCIA CON EL ABANDONO INJUSTIFICADO	148
CAPÍTULO III: MARCO OPERATIVO		149
1.	FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	150
1.1.	HIPÓTESIS GENERAL	150
1.2.	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	150
1.2.1.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1.....	150
1.2.2.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2.....	150
1.2.3.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3.....	150
2.	VARIABLES DE ESTUDIO	151
2.1.	VARIABLES	151
2.1.1.	HIPÓTESIS GENERAL	151
	a. Variable Independiente (A)	151
	b. Variable Dependiente (B).....	151
2.1.2.	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	151
2.1.2.1.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1	151
	a. Variable Independiente (A)	151

b. Variable Dependiente (B).....	151
2.1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2.....	152
a. Variable Independiente (A)	152
b. Variable Dependiente (B).....	152
2.1.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3.....	152
a. Variable Independiente (A)	152
b. Variable Dependiente (B).....	152
3. METODOLOGÍA	153
3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	153
3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	153
3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	153
3.2. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA.....	154
3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO	154
3.3.1. POBLACIÓN.....	154
3.3.2. MUESTRA	154
3.3.3. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA MUESTRA 155	
3.3.3.1. CRITERIOS DE INCLUSIÓN	155
3.3.3.2. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN	155
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	155
3.4.1. TÉCNICAS.....	155
3.4.2. INSTRUMENTOS.....	155
3.4.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	156
CAPÍTULO IV: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	157
1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.....	158
1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INSVESTIGACIÓN	158
1.2. PROCESAMIENTO DE DATOS	158
2. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO	159
2.1. DISEÑO DE PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS.....	159
2.2. PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	159
2.3. DATOS DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS	159
3. RESULTADOS DE LA FICHA DE OBSERVACIÓN DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES EN MATERIA DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA – 2015 160	

CAPÍTULO V: COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS.....	177
1. VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	178
1.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	178
1.1.1. VERIFICACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	178
1.1.2. VERIFICACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	180
1.1.3. VERIFICACIÓN DE LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	182
1.2. HIPÓTESIS GENERAL	183
1.2.1. VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL	183
CAPÍTULO VI: DISCUSIÓN DE RESULTADOS	185
1. DE LA NO NECESIDAD QUE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES SEA REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL	186
2. DEL DEBER CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO	187
3. DE LA FALTA DE POLÍTICAS SOCIALES	187
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	189
CONCLUSIONES.....	190
RECOMENDACIONES	191
PROPUESTA LEGISLATIVA.....	192
BIBLIOGRAFÍA.....	195
ANEXOS.....	199
FICHA DE OBSERVACIÓN DE EXPEDIENTES DE DIVORCIO DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA SENTENCIADOS EN EL AÑO 2016	201
FICHA DE OBSERVACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES EN MATERIA DE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA - 2015.....	203
MATRIZ GENERAL DEL PROYECTO	205
PROPUESTA LEGISLATIVA.....	208
PROYECTO DE LEY QUE CREA EL PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO FAMILIAR	212

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO N° 01.....	160
GRÁFICO N° 02.....	162
GRÁFICO N° 03.....	163
GRÁFICO N° 04.....	164
GRÁFICO N° 05.....	165
GRÁFICO N° 06.....	166
GRÁFICO N° 07.....	167
GRÁFICO N° 08.....	168
GRÁFICO N° 09.....	170
GRÁFICO N° 10.....	171
GRÁFICO N° 11.....	172
GRÁFICO N° 12.....	174
GRÁFICO N° 13.....	175
GRÁFICO N° 14.....	176

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se realizó con el fin de demostrar que las familias se van desintegrando y que la invocación de la causal de separación de hecho es la causa que requiere menos probanza por tal motivo los vínculos matrimoniales se van disolviendo con mayor facilidad vulnerando el principio de protección de la familia y promoción del matrimonio.

Lo que se busca en la presente investigación es demostrar que la causal de separación de hecho debilita a la institución del matrimonio, ya que con dicha causal cualquiera de los cónyuges puede demandar al otro con la finalidad de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, por tal motivo la causal de separación de hecho debe de derogarse a fin de dar una mayor protección a la familia.

Por lo tanto, el Estado no puede permitir que no se distinga a un cónyuge culpable y este se beneficie invocando la causal de separación de hecho, ya que existe un cónyuge agraviado que puede demandar el divorcio por otras causales.

Así, en el Capítulo I denominado “El Problema” se abordarán dos aspectos que nos relacionaran con el contexto: el Planteamiento del Problema, en el cual explicaremos las bases del problema, su desarrollo en la sociedad y de tal desarrollo se obtuvo las preguntas generales y específicas, así también abordaremos los objetivos propuestos, los que representan el fin de la investigación.

A continuación, desarrollaremos el Capítulo II, denominado “Marco Teórico”, el cual fue estructurado en 6 subcapítulos, en los que tocaremos temas como:

La familia, subcapítulo en la que desarrollaremos la etimología, conceptos de maestros tales como el Dr. Alex Plácido Vilcachagua, Dr. Aníbal Torres Vásquez, Dr. Javier Peralta Andía, entre otros; así también tocaremos temas como la importancia de la familia, la familia como institución social, la familia en la Constitución Política del Perú y demás temas de suma importancia con la que veremos que la familia es una institución social que viene de muchos siglos atrás y que cumple un rol fundamental en la sociedad.

El matrimonio, subcapítulo en el que expondremos el origen del matrimonio, el matrimonio en la antigüedad, los sistemas matrimoniales, fines del matrimonio, principio de protección al matrimonio, familias de origen extramatrimonial, caracteres jurídicos del matrimonio y otros temas de relevancia jurídica, lo que nos ayudará a comprender que la familia tiene existencia jurídica en la institución del matrimonio por tal motivo entenderemos porqué el matrimonio es de suma importancia y las familias se deban unir en ella a fin de darle mayor seguridad a su vida familiar.

Decaimiento y disolución del Vínculo, en dicho subcapítulo nos abocaremos en las causales de separación de cuerpos, las características de las causales culpables de separación personal y sistemas legislativos de separación personal y divorcio vincular.

Divorcio, subcapítulo en el cual encontraremos relación con el tema mencionado precedentemente, ayudándonos a comprender que el divorcio es el mal que destruye a las familias sobre todo siendo promovido por el Estado no cumpliendo su rol Constitucional de promover el matrimonio y proteger la familia.

Causal de Separación de hecho, subcapítulo en el cual explicaremos el cambio y su inclusión en el ordenamiento jurídico demostrando que dicha causal de divorcio contraviene con la Constitución Política, y facilita el quebrantamiento del vínculo matrimonial.

En el Capítulo III, denominado “Marco Operativo”, desarrollaremos la Formulación de Hipótesis, las que corresponderán a las preguntas, general y específica; así también se desarrollará las variables por cada hipótesis formulada. Encontraremos la metodología desprendiéndose el diseño de investigación, determinación metodológica, población y muestra de estudio y las técnicas e instrumentos de investigación, procesamiento y análisis de datos; con los cuales se dará sustento al problema planteado.

Así también tenemos el Capítulo IV llamado “Presentación, análisis e interpretación de resultados”, en el que mostraremos los resultados obtenidos, desde la descripción del trabajo de campo, resultado del trabajo de campo, resultado de la ficha de observación de los expedientes judiciales en materia de divorcio por la causal de separación de hecho en el distrito judicial de Tacna –

2015; finalmente la comprobación de las hipótesis, el cual contiene la verificación y/o contrastación de hipótesis específicas y general, con lo que daremos sustento a nuestro problema jurídico

Por último, tenemos el Capítulo V “Conclusiones y Recomendaciones” en el cual expondremos a lo que hemos arribado dando por finalizado nuestra investigación.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En la actualidad se puede apreciar familias que van desintegrándose, van rompiendo los lazos familiares, recurriendo al órgano jurisdiccional para demandar alguna de las doce causales de divorcio, solicitando que se le declare disuelto el vínculo matrimonial que los une; por tanto es el Estado quien da la salida aparentemente apropiada, sin considerar lo que establece en la Constitución Política del Perú, artículo 4, protege a la familia y promueve el matrimonio, debido a que no prevé las consecuencias que trae consigo el divorcio.

Sin embargo las causales de divorcio durante el transcurso del tiempo han ido incrementando y con la probabilidad de que en los próximos años las causales de divorcio sigan aumentando, siendo el Estado a través de los legisladores que promueven el divorcio y no el matrimonio por ende no protege a la familia matrimonial

Las familias de hoy se encuentran con el pensamiento de que ante cualquier situación de conflicto familiar u algún otro problema, una de las partes recurre al divorcio, sin tener en consideración que la familia que formaron es el pilar fundamental de la sociedad, por otro lado no solo es el pensamiento de uno de los cónyuges en recurrir al órgano jurisdiccional solicitando que se declare disuelto el vínculo matrimonial, sino que es el Estado quien favorece y promueve más el divorcio que al matrimonio, no dando protección a la familia, debido a que durante el transcurso de los años va introduciendo más y más causales de divorcio, sin darle ninguna protección a la familia.

Mediante la ley N° 27495 del 7 de julio de 2001 se incorporan dos causales de divorcio al Código Civil peruano, las previstas en el numeral 11° y 12° del Art. 333° del Código Civil, esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años si no tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

En el presente planteamiento del problema trataremos exclusivamente sobre la causal de separación de hecho, como ya lo hemos mencionado, con el transcurso del tiempo se van haciendo modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico, Código Civil, introduciendo más y más causales de divorcio, sin embargo no se trata de modificaciones y modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico, ya que presentar un proyecto de ley no cuesta nada, cualquier legislador redacta un proyecto de ley y lo presenta, pero crear políticas sociales, invertir en educación, escuela para padres, asistencia psicológica para matrimonios cuesta, por lo que el Estado debe de garantizar la protección a la familia y no dar salidas rápidas a los cónyuges para la disolución del vínculo matrimonial, introduciendo causales que no cuesta nada.

Asimismo el problema de la causal de separación de hecho no solo va en torno en la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, sino que dicha causal puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, sobre todo por el cónyuge culpable, un cónyuge que funda su demanda en hecho propio, siendo el Estado el principal promotor del divorcio flexible, premiando la irresponsabilidad del cónyuge culpable.

A través de una revisión rápida de nuestro Código Civil, en la sección segunda, sociedad conyugal, encontramos en el Título IV el decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, especificando los efectos de la separación de cuerpos y sus causales, las cuales actualmente son 13 causales con las que se puede solicitar el divorcio, pudiendo ser un divorcio sanción o divorcio remedio. Pero con la inclusión de la causal de separación de hecho se permite que el cónyuge culpable invoque dicha causal, fundando su demanda en hecho propio, así también encontramos en el artículo 335 en el Código Civil (Hecho propio), el cual no permite que el cónyuge culpable invoque una causal de divorcio, sin embargo con la inclusión de la causal antes mencionada deja de lado el artículo en mención (335) y se comprueba nuevamente que es el Estado quien no protege a la familia matrimonial.

Por tanto al incluir la causal de separación de hecho a nuestro Código Civil se toma al matrimonio en juego, debido a que los cónyuges no asumen la responsabilidad tomada al momento de contraer matrimonio, sin considerar las consecuencias que trae consigo en cuanto a los cónyuges y los hijos; siendo el divorcio un problema social que va destruyendo familias; por otro lado el Estado no brinda apoyo a las familias, creando políticas sociales, para que se mantengan unidas y fomentar el diálogo entre los cónyuges con la finalidad de dar solución a los problemas, sin recurrir al divorcio como única solución.

Actualmente no son todas las causales de divorcio que se invocan, para solicitar que se declare disuelto el vínculo matrimonial por tal motivo, no siempre los cónyuges tendrían que recurrir al divorcio; siendo materia de estudio aquella causal que más se invoca para solicitar el divorcio y el Estado ponga mayor enfoque a dicha causal para poder proteger a la familia, dándoles mecanismos de soluciones.

1.2. ANTECEDENTES

En Tacna no existen antecedentes de investigación sobre Divorcio por la causal de separación de hecho.

A nivel nacional, encontramos la siguiente investigación:

- En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política – Unidad de Post Grado, se realizó la tesis denominada “Separación de Hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o solución?”, teniendo como autora a la maestra Elvira María Álvarez Olazábal, tesis que fue realizada en el año 2006 para optar el grado académico de Magíster en derecho.

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El matrimonio es la unión estable de un varón y una mujer, quienes formarán una familia, sin embargo en la actualidad se observa varias familias que se ven afectadas por diversos problemas familiares o ajenos a ella, llegando a buscar salidas fáciles y aparentemente las más apropiadas como lo es el divorcio, incentivado por el Estado, sin considerar ninguna de las partes las consecuencias o efectos que produce en cuanto a uno de los cónyuges y a sus descendientes.

1.3.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

Actualmente el divorcio es un problema social, que va afectando a muchas familias constituidas, sobre todo va afectando a los niños quienes son los primeros en presenciar el daño producido; por otro lado la presente investigación pretende dar a conocer que ninguna persona está alejada a presenciar las consecuencias del divorcio, debido a que toda persona por naturaleza tiende a formar una familia y para que ésta no se vea afectada por la salida más rápida, el divorcio, se debe de proteger a la familia y promover el matrimonio ya que son institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

1.4. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA

1.4.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema objeto de investigación se puede resumir en la siguiente interrogante:

¿De qué manera la causal de divorcio: separación de hecho en el Código Civil vulnera el principio constitucional de protección de la familia y promoción del matrimonio y si debe de derogarse dicha causal?

1.4.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Y además nos ha llevado a desarrollar las siguientes sub preguntas:

- 1.4.2.1.** ¿Es necesario que el Código Civil regule como causal de divorcio, la separación de hecho si existen otras causales de divorcio?
- 1.4.2.2.** ¿El Código Civil propicia el rompimiento del vínculo matrimonial y atenta contra la institución del matrimonio mediante la inclusión de la causal de separación de hecho no observando que el matrimonio está protegido por la Constitución?
- 1.4.2.3.** ¿Es el Estado es el principal promotor que protege a la familia matrimonial a través de políticas sociales?

1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD

La presente investigación se encuentra referido al área de del matrimonio, la familia y el divorcio, del derecho de Familia.

1.5.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación será realizada en el departamento, provincia y distrito de Tacna.

1.5.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se utilizará como parte de la investigación abarcará el año 2015.

1.5.4. DELIMITACIÓN SOCIAL

El colectivo que se incluye en la presente investigación son los demandantes que invocaron la causal de separación de hecho, fundamentando su demanda en una causal en la que uno mismo ha incurrido.

1.6. OBJETIVO

1.6.1. GENERAL

Determinar de qué manera la causal de separación de hecho va en contra del principio constitucional de protección de la familia y promoción del matrimonio y si se debe de derogar la causal en mención.

1.6.2. ESPECÍFICOS

- 1.6.2.1.** Determinar si es necesario que el Código Civil peruano regule como causal de divorcio la separación de hecho existiendo otras causales de divorcio.
- 1.6.2.2.** Precisar si existe contradicción entre la ley que protege a la familia y promueve el matrimonio y la ley que atenta contra la institución del matrimonio.
- 1.6.2.3.** Determinar si el Estado protege solo a la familia matrimonial con la finalidad de cumplir su rol promotor del matrimonio establecido en la Constitución.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I: LA FAMILIA

1. ETIMOLOGÍA

Según Aníbal TORRES VÁSQUEZ: “La palabra familia procede del latín familia, ‘grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens’, a su vez derivado de famulus, “siervo, esclavo”. La palabra amplió su campo semántico para incluir a la cónyuge y a los hijos del pater familias, a quien pertenecían, hasta que terminó reemplazando a la gens”¹.

2. CONCEPTO

El maestro TORRES VÁSQUEZ señala que: “La familia es la institución social más antigua que conoce la humanidad, entendida como un conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco, afinidad, matrimonio, concubinato, de amor de solidaridad. En la sociedad moderna, la familia se presenta, no solamente como una unidad jurídica, social y económica, sino, fundamentalmente, como el primer grupo social de amor y solidaridad que enfrenta los dramáticos problemas surgidos de la soledad, la enfermedad, la vivienda, la inseguridad ciudadana, la marginalidad, la pobreza, etcétera”.²

Para el maestro Javier Rolando PERALTA ANDIA “La familia es una institución natural social y jurídica, en primer lugar, porque se refiere a un organismo espontáneo anterior al Estado y a la ley; luego, porque no puede dejar de reconocer que es célula social básica e irreductible de la sociedad y; por último, porque la familia se organiza jurídicamente y es objeto de una regulación legal, es más, las relaciones familiares inciden en actos jurídicos como: el matrimonio, el divorcio, el cambio de régimen patrimonial, la filiación, el reconocimiento de hijos, el deber de corrección de los mismos, la adopción, los alimentos, etc., que tienen repercusiones en ámbito del derecho”³.

¹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Código Civil”. Tomo I. Octava edición - julio 2016. Editorial Moreno S.A. Lima – Perú. p. 569.

²Idem.

³Citado por MANRIQUE GAMARRA, Karina. “Derecho de Familia – La Unión de Hecho”. Edición mayo 2011. Editorial FFECAAT. Lima – Perú. p. 14

Para Gustavo A. BOSSERT y Eduardo A. ZANNONI “La familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos deriva de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”⁴.

El maestro Alex PLÁCIDO VILCACHAGUA nos da conocer que: “La Familia en sentido amplio (Familia extendida), es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar (...). La familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. La familia en sentido restringido (Familia nuclear), comprende solo a las personas unidas por las relaciones intersexuales o la procreación (...). La familia está conformada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. La familia en sentido intermedio (Familia compuesta), es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella”⁵

Asimismo Guillermo A. Borda nos enseña que: “En un sentido propio y limitado, la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo. En un sentido amplio, suele incluirse dentro de ella a los parientes cercanos que proceden de un mismo tronco o que tienen estrechos vínculos de afinidad”⁶.

Por tanto la familia es reconocida por la Constitución Política del Perú, declarándola una institución natural y es conformada por personas que van unidas por vínculos de parentesco, asimismo para que se forme la familia también es importante que se consolide en el matrimonio y estén unidos ya que la familia es considerada el núcleo fundamental de la sociedad.

3. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA

Mariano MONTOYA CALLE refiere que: “La familia tiene una extraordinaria importancia dentro de la comunidad; así lo demuestra la historia en cada una

⁴BOSSERT Gustavo A. y ZANNONI Eduardo A. “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea. Sexta edición 2004. Buenos Aires – Argentina. p. 05.

⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Código Civil Comentado”. Editorial Gaceta Jurídica – Tomo II. 2003. P. 10

⁶ BORDA, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil – Familia”. Editorial Abeledo Perrot 1993. Tomo I. p. 21.

de las sociedad vividas por el hombre en diferentes partes del mundo, constituyendo el primer medio social a que surge el hombre. El influjo diario que imprime el clima familiar a sus miembros, les otorga una orientación tal que resulta luego muy difícil de ser combatida o extirpada, y el hombre continuará actuando en el campo social extrafamiliar sea consciente o inconscientemente, en concordancia con ese sentido acuñado dentro de la íntima comunidad”⁷.

El jurista Héctor CORNEJO CHAVEZ señala que: “Para el ser humano individual ella funciona, primariamente como un mecanismo de defensa frente a todas las agresiones: Las biológica: el hambre, la sed, la enfermedad. Las físicas: el frío, el calor, la intemperie. Las del medio social: el abuso de los más fuertes; como el hábitat de amor que todo hombre necesita vitalmente; como escuela de formación de huellas indelebles; como unidad de consumo y a veces aun de producción; en ocasiones como refugio final ante la adversidad; y siempre como el hogar en que se comparte en amor y compañía todas las peripecias de la vida diaria”⁸.

Francesco MESSINEO, explica: “La solidez del estado se funda en la estrecha unión que vincula al grupo familiar, desde que la reunión de las familias tendrá las mismas características y consistencia de cada una de ellas por separado. De ser débiles los vínculos familiares lo será también el Estado; de ser fuertes aquellos, el Estado tendrá una base sólida y estable. El Estado ve en la familia un núcleo embrionario, en el que predomina el interés superior del grupo familiar”⁹.

Se desprende que del transcurso del tiempo la familia ha tenido roles importantes, tales así como velar por los integrantes del grupo familiar, en el aspecto físico y biológico, debido a que la familia es el primer medio social en el cual surge el hombre, medio que le brindará protección, orientación para la convivencia con sus semejantes. Asimismo cabe resaltar que de acuerdo a la

⁷ MONTROYA CALLE, Mariano. “Matrimonio y Separación de Hecho”. Editorial San Marcos. Primera Edición 2006. Lima – Perú. p. 61.

⁸ Citado por MONTROYA CALLE, Mariano. “Matrimonio y Separación de Hecho”. Editorial San Marcos. Primera Edición 2006. Lima – Perú. p. 61.

⁹ *Ibidem*. p. 62.

solidez del grupo familiar existirá un Estado concreto, unido y estable; debido a que como hizo mención Francesco Messineo, el Estado ve en la familia un núcleo embrionario, en el que predominar el interés superior del grupo familiar.

4. LA FAMILIA: INSTITUCION SOCIAL

Hace mención Pedro BAUTISTA TOMÁ y Jorge HERRERO PONS que: “La familia es, ante todo, una institución social. En su concepción moderna puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas a la procreación y el parentesco. (...) La familia, como institución está anclada con procesos biológicos básicos: la sexualidad y la procreación, constituyendo el marco de la organización social de estos dos procesos. A su vez, la familia está incluida en una red más amplia de relaciones –obligaciones y derechos- de parentesco, guiadas por reglas y pautas sociales establecidas”¹⁰.

Eduardo ZANNONI señala que la institución familia es un: “Conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco. La familia es un grupo social primario de individuos unidos por lazos consanguíneos, de afinidad o de matrimonio, que interactúan y conviven permanentemente manteniendo en forma común y unitaria relaciones personales directas. Poseen formas de organización y acciones tanto económicas como afectivas con el compromiso de satisfacer necesidades mutuas y de crianza, y comparten factores biológicos, psicológicos, sociales y culturales que pueden afectar su salud individual y colectiva”¹¹.

Mario CASTILLO FREYRE y Marco Andrei TORRES MALDONADO mencionan que: “La familia, como una organización social, ha perdurado a lo largo de toda la historia de la humanidad; sin embargo, ha ido sufriendo cambios en su composición y estructura como consecuencia del desarrollo

¹⁰ BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. “Manual de Derecho de Familia”. Ediciones Jurídicas. 2006. Lima – Perú. p. 16.

¹¹ Citado por CASTILLO FREYRE Mario y TORRES MALDONADO Marco Andrei. “El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia – Causales, Proceso y Garantías”. Editorial El Búho. Lima – Perú. p. 10.

social. La familia no es la misma de antes, ni se mantendrá como está en el futuro. Existen teorías que tratan de justificar el ocaso de la familia y el surgimiento de nuevas organizaciones sociales, pero llegar a tanto no es dable”¹².

Elizabeth JELIN señala: “La familia también constituye un grupo social de interacción, en tanto grupo corresidente que coopera económicamente en las tareas cotidianas ligadas al mantenimiento de sus miembros”¹³.

La familia como institución social es fundamental, debido a que es considerado el núcleo embrionario de la sociedad y que cada integrante de la familia y sobre todo los líderes de ésta tendrán la obligación de mantener a la familia unida, todo ello con obligaciones de cada uno de sus miembros, por ejemplo la de los padres de brindarle alimentos a sus hijos, la de los cónyuges de mantener la estabilidad matrimonial, es decir que no sea atacada por ninguna de las causales de divorcio; cabe destacar que la familia al ser el núcleo embrionario de la sociedad, esta conformará el Estado y por tanto tendrán la obligación de formar parte de una relación con las normas para que regule sus conductas y relaciones llegando a satisfacer sus necesidades sociales.

5. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Según Alex PLÁCIDO VILCACHAGUA nos da a conocer que: “La familia es una institución jurídico privada si nos atenemos, como creemos que es lo más realista, a un criterio subjetivo en la delimitación de la suma división del Derecho en público y privado, que es, por cierto, tan importante mantener para garantizar del mejor modo la efectiva sumisión del conjunto heterogéneo de las relaciones interpersonales a lo requerido por la justicia. Pero es a la vez una institución cuya gran relevancia social justifica, desde luego, su vieja

¹² CASTILLO FREYRE Mario y TORRES MALDONADO Marco Andrei. “El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia – Causales, Proceso y Garantías”. Editorial El Búho. Lima – Perú. p. 12.

¹³ Citado por BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. “Manual de Derecho de Familia”. Ediciones Jurídicas. 2006. Lima – Perú. p. 17.

comprensión como quasi seminarium reipublicae que es algo que nada tiene que ver, de suyo, con "una concepción publicista de la familia"¹⁴.

Nos enseña TORRES VÁSQUEZ que: "La sociedad y el Estado están obligados por mandato constitucional, a proteger a la familia en su acepción amplia, cualquiera sea la forma de constitución. Dispone la ley fundamental que la sociedad y el Estado promueve el matrimonio, al que considera como un valor positivo, por ser el procedimiento normal y legal de formación de la familia, pero no manda proteger exclusivamente a la familia matrimonial. La sociedad y el Estado debe proteger y defender a la familia en todo momento y circunstancia, salvo que se encuentre en peligro la dignidad, la vida, el honor, la integridad física y psicológica, la libertad, entre otros derechos fundamentales de algún miembro de la familia, situaciones en las que prevalecen tales derechos sobre la familia"¹⁵.

El maestro Alex PLACIDO VILCACHAGUA indica: "¿Qué es lo que hay en la familia para que se la reconozca como algo natural -exigido por la naturaleza misma del ser humano, parece querer decirse- y como algo tan rotundamente fundamental para la sociedad toda? Una interrogante que nos invita a identificar sus funciones específicas y a intuir que será precisamente en ellas donde radique su especial relevancia social y pública. Aunque quedará aún por aclarar por qué se enfatiza la necesidad de disponer en su favor de una especial protección social y estatal, lo que da a entender que se supone una especie de congénita fragilidad o debilidad en tan fundamental realidad, que reclama precisamente esa especial protección"¹⁶.

Estando a lo expuesto precedentemente, la familia en la Constitución Política del Perú está protegida y el Estado y la Sociedad deben de cumplir con lo mencionado en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú y como hace referencia el maestro Aníbal Torres Vásquez, es el Estado quien debe de proteger a la familia en todo momento y circunstancias, siendo que la Constitución Política del Perú no menciona que el Estado debe de proteger a

¹⁴ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. "La Constitución Comentada". Editorial Gaceta Jurídica. Tomo I. Primera Edición diciembre 2005. Lima – Perú. p. 347.

¹⁵TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Obra citada. p. 570.

¹⁶ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. "La Constitución Comentada". Obra Citada. p. 358.

las familias matrimoniales, sin embargo la familia en el Perú es jurídicamente válida con el matrimonio es por ello que el Estado debe de promover el matrimonio tal como lo prescribe la normativa Constitucional.

6. FAMILIAS DE ORIGEN MATRIMONIAL

Según Karina MANRIQUE GAMARRA: “Las familias se fundan en la institución del matrimonio establecido y reconocido por el ordenamiento jurídico de cada país. En el Perú la familia jurídicamente válida se basa en el Matrimonio Civil”¹⁷.

Asimismo Benjamín AGUILAR LLANOS señala que: “La más importante y trascendente fuente de la familia es el matrimonio, sin embargo no es la única, pues somos conscientes que muchas familias no tienen el reconocimiento legal pertinente (...). El matrimonio como institución trascendente origina una sociedad conyugal que genera derecho y deberes entre los cónyuges, y estos respecto a sus hijos y terceros, por ello el artículo 234 del Código Civil 1984 señala con precisión que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer”¹⁸.

De acuerdo al artículo 234 del Código Civil peruano el matrimonio es “... la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común”.

La fuente de la familia es el matrimonio y como ya se hizo mención la familia en el Perú es jurídicamente válida con el matrimonio, sin embargo es cierto que se funde familias de otras maneras, sea como la unión de hecho, concubinato, servinakuy, etc; por tanto las otras maneras en las que se fundan las familias deben de formalizarse para que el origen del matrimonio sea de una sola fuente, es decir que se consoliden en el matrimonio; dando cumplimiento a la norma constitucional, el Estado debe de promover el matrimonio.

¹⁷ MANRIQUE GAMARRA, Karina. Obra citada. p. 16.

¹⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Derecho de Familia”. Editorial Ediciones Legales 2013. Lima – Perú. p. 19.

7. CARACTERÍSTICAS DE LA FAMILIA

MARIANO SEGUNDO MONTOYA CALLE¹⁹ indica que:

- a. **Es una institución natural:** Significa que la familia no es un invento humano, no es una creación cultural. La razón que fundamenta lo anterior es que la familia responde a lo que muchos autores han llamado “*inclinatio naturalis*”.
- b. **En el aspecto biológico:** Las relaciones familiares no pueden ser alteradas o modificadas a voluntad, sino en la medida que lo consienten la naturaleza y el interés de la sociedad; y este último no puede por su parte ser invocado, sino a condición de que no rebase el marco que la primera tiene fijado a la familia ni viole derechos fundamentales de la personas.
- c. **En el aspecto ético:** El hecho de que ésta sea al mismo tiempo materia de normatividad para la religión, la moral, la tradición y el derecho familiar, otorga a éste último matices que se advierten en otras ramas del derecho civil.
- d. **Es el núcleo fundamental de la sociedad:** Esto significa que la sociedad nace en la familia, que en ella tiene su fundamento originario.

Entre las características de la familia se destaca que es una institución natural, ya que el hombre por naturaleza busca la compañía de una persona del sexo opuesto para poder formar una familia, es decir esto no es una creación del hombre sino que es la unión natural y voluntaria del hombre, el cual involucra el aspecto biológico al mencionar que las relaciones familiares no pueden ser alteradas o modificadas por voluntad, por ser natural y finalmente se señala que es el núcleo fundamental de la sociedad, porque el Estado nace a partir de éste último.

¹⁹ MONTOYA CALLE, Mariano Segundo. Obra citada p. 28.

8. FUNCIONES DE LA FAMILIA

Mariano MONTOYA refiere que: “La familia desempeña un rol importante en el desarrollo de la humanidad; es decir, no solo de los miembros que la conforman, sino de la comunidad entera. Las funciones propias de la familia aunque no exclusivas, son las siguientes:

- a) **Función reguladora de las relaciones sexuales:** (...) A través de la historia, las culturas estableces al matrimonio como el fundamento de la familia, en esencia ésta es la reguladora de las relaciones intersexuales de la pareja.
- b) **Función reguladora de reproducción:** La unión sexual de la pareja, en la familia tiene como finalidad la reproducción de la especie humana. La procreación es en buena parte sinónimo de familia (...). La reproducción, más que función propia de la familia se convierte en este caso en fuente de la misma.
- c) **Función económica de la familia:** Esta función, presenta un doble aspecto, como unidad productora de bienes y servicios, donde pueden darse innumerables variantes en los tipos de familia y en una misma unidad familiar, en las diferentes etapas por la que se desenvuelve.
- d) **Función educativa y socializadora:** En el núcleo familiar es donde se adquieren las normas éticas básicas de conducta, de educación y cultura; es el lugar donde se moldea el carácter de los niños u de los adolescentes, quizá por esto es de suma importancia el papel que desempeña la familia en la función educativa y socializadora de sus miembros, para llevarlos a buen cauce.
- e) **Función especialmente afectiva:** En la actualidad, vivimos en un mundo globalizado, con los medios de comunicación a nuestro alcance, donde recibimos el influjo de infinidad de casos que comprometen nuestra atención, el hombre requiere de afecto para establecer un equilibrio emocional, psíquico, y hasta de salud corporal, y la familia es la que en forma natural provee ese afecto”²⁰.

Dentro de las funciones de la familia encontramos las regulaciones que realiza el Estado, educativa, económica, sin embargo resalta que dichas

²⁰ Ibídem. p. 59.

funciones nacen en la familia, quedando demostrado que la familia es el núcleo de la sociedad y por tanto da creación al Estado; independientemente de lo mencionado dichas funciones son exclusivas no solo por los miembros de la familia sino que va acorde con el desarrollo de la humanidad.

9. TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y CONCEPTO TRADICIONAL DE FAMILIA

MANRIQUE GAMARRA señala que: “Nuestra Constitución Política reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad. Por su parte, el Código Civil peruano en su artículo 233 señala que: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. El Código de los niños y el adolescente en su artículo 8 establece que el niño y adolescente tiene derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. Por otro lado, el artículo 16.3 de la declaración Universal de los Derecho y Deberes del hombre y el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, establecen que la familia es “el elemento natural y fundamental de la sociedad”²¹

Según CORNEJO CHAVEZ “La familia en sentido amplio es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad, en sentido restringido, es el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padre e hijos generalmente solo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear”²².

Por su parte, el profesor argentino Arturo YUNGANO la conceptúa como “una asociación de personas integradas por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por

²¹MANRIQUE GAMARRA, Karina. Obra citada. p. 13.

²² Citado por MANRIQUE GAMARRA, Karina. Obra citada. p. 13

vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye el grupo humano fisiogenético y primario por excelencia”²³.

La familia al ser el núcleo fundamental de la sociedad está regulada en la norma suprema del Estado, en el Código Civil, en leyes, entre otras; todo con un solo fin para que el varón y la mujer que decidan unirse lo hagan formalmente mediante el matrimonio y los hijos nacidos dentro del matrimonio se le dé mayor protección y seguridad frente a la sociedad, por tanto se puede apreciar lo importante que es proteger a la familia, a sus integrantes y la promoción del matrimonio.

10. PRINCIPIO DE PROTECCION DE LA FAMILIA

La importancia de la familia queda consagrada en la mayoría de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos:
Artículo 16.3
"La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"

- Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de los Niños
"Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".

- Cristian LEPIN MOLINA sostiene que: "De esta forma, la familia es la institución que mejor cumple con las funciones esenciales para el desarrollo de todo ser humano, a saber: la función biológica (sexual y reproductiva), educativa (socializa a los niños en cuanto a conductas, hábitos y valores), económicas (alimentación, salud, habitación, vestuario y recreación) y la función protectora (seguridad y cuidados de

²³ Idem.

sus integrantes, principalmente de los más débiles, niños, ancianos e incapaces).”²⁴

- Jorge del Picó refiere que: "la defensa de la familia es una consecuencia del interés público en su protección jurídica, originada en su apreciación como institución social y que se manifiesta, entre otras facetas de tutela, en la indisponibilidad de las normas del Derecho matrimonial como parte integrante del Derecho de familia. Las características relevantes derivadas de su consideración como institución social, radican en la interdependencia entre las personas que la integran y su común sujeción a una finalidad superior, que legitiman la indisponibilidad normativa señalada".²⁵

La familia es de suma importancia debido a que no solo es regulada en leyes internas de cada país ya que diferentes tratados universales la toman en consideración, siendo así que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos configura en su artículo 16.3: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; a lo mencionado podemos acotar que la familia debe de ser protegida en todo sentido sobre todo la familia de origen matrimonial; como ya se ha mencionado anteriormente en nuestro país se da en diferentes aspectos la denominación de familia, sin embargo la familia en el Perú es jurídicamente válida con el matrimonio es por ello que el Estado debe de promover el matrimonio tal como lo prescribe la normativa Constitucional y se le dé el máximo de protección.

11. FINALIDAD DE REGULAR A LA FAMILIA

Artículo 233 del Código Civil: La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

²⁴ LEPIN MOLINA, Cristian. Los Nuevos Principios de Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado. Disponible en << http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001>> Fecha de consulta 28 de febrero de 2017.

²⁵ Citado por LEPIN MOLINA, Cristian. Obra citada. Fecha de Consulta: 26 de febrero de 2017.

AGUILAR LLANOS hace referencia que: “La finalidad es contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios de la Constitución Política. Sobre el particular resulta pertinente señalar que la Constitución Política de 1993, a diferencia de la Constitución Política de 1979, no le dedica una sección a la familia; sin embargo, en normas dispersas ubicadas en el capítulo relativo a los derechos sociales y económicos se ocupa de la familia; así tenemos el artículo 4, referido a la Comunidad y el Estado que protegen a la familia; el artículo 5 que regula el concubinato; el artículo 6 que trata sobre la patria potestad y la igualdad de los hijos, y se pronuncia sobre el respeto al derecho de las familias y de las personas a decidir sobre el número de hijos; el artículo 13 sobre el derecho de los padres a escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo de sus hijos. También el artículo 2 inciso 6 y 7 sobre la protección a la intimidad personal y familiar; artículo 24 que deja entrever una suerte de salario familiar; artículo 200 inciso 3° sobre la protección de la intimidad familiar a través del proceso de hábeas data, entre otros”²⁶.

Asimismo Benjamín AGUILAR LLANOS nos enseña que: “El Acuerdo Nacional del 5 de marzo del 2002 mediante el cual se establecen políticas de Estado que otorguen la estabilidad que el país requiere para alcanzar un desarrollo social y económico sostenido. Este Acuerdo Nacional consigna dentro de estas políticas la decimosexta, denominada Fortalecimiento de la Familia, Protección y Promoción de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud, cuyo compromiso es fortalecer a la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y de los derechos de todos sus integrantes”²⁷.

En este sentido la finalidad de regular a la familia se basa en el fortalecimiento de la misma, por parte de la sociedad y el Estado ya que la familia es el pilar fundamental en donde los integrantes del grupo familiar posteriormente puedan promover el matrimonio y se funde así una familia protegida por el

²⁶AGUILAR LLANOS, Benjamín. Obra citada. p. 18.

²⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamín. “La Familia en el Código Civil Peruano”. Ediciones Leales. Lima – Perú. Enero 2010 p. 18.

Estado, que proteja a los cónyuges, a los hijos y los bienes patrimoniales, sin embargo lo primordial es tener una familia sólida que vaya acorde a los principios y normas que establece la Constitución.

12. PERSONA, FAMILIA Y MATRIMONIO: ¿LA BÚSQUEDA DE LA PERMANENCIA?

Mario CASTILLO FREYRE y Marco Andrei TORRES MALDONADO señalan que: “El hombre, por antonomasia, es un ser social. Su instinto lo lleva a relacionarse, a compartir siempre propenso a la integración con el *telos* de satisfacer necesidades tanto de orden material como inmaterial. La socialización es un proceso mediante el cual el hombre adopta patrones socioculturales de su medio ambiente y los integra a su personalidad para adaptarse a la sociedad”²⁸.

Santos CIFUENTES menciona que: “Desde que el hombre se relaciona con otros valora la vida y los creados en ella “todo lo que vale para ti, ha de valer para mí, porque yo sé bien lo que me vale pero también lo tuyo ya que no necesitamos mutuamente”. Es por ello que la convivencia social debe ser normada, regulada, juridizada, a efectos de garantizar el pleno desarrollo del individuo, este vivir, entendamos vivir social, genera que el hombre se configure como persona con la finalidad de ser reconocido técnicamente por el Derecho. En ese sentido, la sociabilidad es un presupuesto esencial de la persona, por lo que no es posible concebir un hombre abstraído”²⁹.

Carlos FERNANDEZ SESSAREGO indica que: “La filosofía de la existencia nos muestra que solo se puede aprehender al ser humano en una dimensión coexistencial, en comunicación con los demás, en comunidad. La vida sin los otros es un imposible existencial, una pura abstracción sin correlato en la realidad. El ser humano está abierto hacia los ‘otros’, y se realiza con ellos. Existir es estar en el mundo, con los otros y las cosas, por lo que la

²⁸ CASTILLO FREYRE Mario y TORRES MALDONADO Marco Andrei. Obra Citada. p. 10.

²⁹ Citado por CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Obra citada. p. 11.

exteriorización del mundo no es un simple *factum* sino la estructura ontológica formal del ser humano”³⁰.

El hombre es un ser social por naturaleza por tal motivo esto lo lleva formar una familia y posteriormente contraer matrimonio buscando la permanencia en un hogar formado de valores, principios y las funciones que van a desempeñar con los integrantes de la familia; es por ello que el hombre siente la necesidad de unirse a otra persona a fin de poder encontrar la estabilidad familiar y valorar más la vida.

13. EL DERECHO DE FAMILIA

El profesor Javier PERALTA ANDIA señala que: “La expresión de Derecho de Familia tiene una doble acepción. En sentido subjetivo, significa aquella serie de facultades jurídicas que pertenecen a la familia como tal; pero, en sentido objetivo, comprende, aquel conjunto de normas jurídicas que regular la institución familiar. En adelante, éste es el sentido que se ha de seguir.”³¹

Augusto BELLUSCIO señala: “El derecho de Familia es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”.³²

Castán TOBEÑAS afirma: “El Derecho de Familia es el conjuntos de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia.”³³

Julián BONNECASE señala: “El Derecho de Familia es el conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.”³⁴

³⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho y Persona: Introducción a la Teoría del Derecho. 4ta. Edición Grijley. Lima – Perú. 2001. p. 81

³¹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. “Derecho de Familia en el Código Civil”. Segunda edición. Enero 1995. Editorial IDEMSA. p.38

³² Citado por PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Obra citada. p. 38

³³ Idem.

³⁴ Idem.

FERRARA nos enseña que: “Es el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre si y respecto de terceros.”³⁵

Asimismo DIAZ DE GUIJARRO lo conceptúa como: “El conjunto de normas jurídicas que dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales”.³⁶

Alberto SPOTA G. menciona que el Derecho de Familia es: “La regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación.”³⁷

René RAMOS PAZOS señala que como toda rama del Derecho, puede ser definido en sentido objetivo o subjetivo: “En sentido objetivo, para aludir al conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de familia (Derecho de familia). En sentido subjetivo, para referirse a las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones existentes entre los miembros de la familia (Derechos de familia).”³⁸

La familia al ser el pilar fundamental de la sociedad requiere que sea regulada, en cuanto a las obligaciones por parte de los cónyuges y de ellos hacia sus descendientes, en este sentido se debe de reforzar el Derecho de Familia a fin de poder regular el derecho familiar de una mejor manera y se tenga presente el principio de protección hacia la familia.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Citado por BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Manual de Derecho de Familia. Ediciones Jurídicas. Lima Perú. 2006. p. 09.

³⁸ Citado por ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. “Derecho de Familia”.

14. DERECHO FAMILIAR

14.1. DERECHO FAMILIAR PRECOLONIAL SEGÚN EL DOCTOR JAVIER PERALTA ANDIA

“El Derecho familia precolonial corresponde al tiempo más largo de la historia. Abarca desde la aparición del primer hombre en el territorio patrio hasta el establecimiento de las culturas preincaicas y la cultura Inca. Los entendidos consideran que entre los primeros peruanos predominaron relaciones sexuales desordenadas y que las mismas fueron sustituidas por el matrimonio en grupos de la manera como explican los evolucionistas clásicos y modernos.

14.1.1. DERECHO FAMILIAR PREINCA

Los orígenes de la familia, el matrimonio y el parentesco, en las diferentes culturas preincas (Chavín, Tiahuanaco, Mochica – Chimú, etc), son muy confusos; sin embargo, se advierten factores comunes como la necesidad de una unión marital (sexual), la tendencia hacia uniones grupales (familias) y la existencia de variadas formas de parentesco que cambian según las costumbres de cada grupo. El ayllu fue la organización familiar característica de todas las culturas preincaicas. Formalmente éste era un conjunto de familias que estaban unidos por vínculos de sangre, de territorio, de lengua, de religión, de intereses económicos, de totemismo.

14.1.2. DERECHO FAMILIAR INCA

La familia incaica – dice Corvetto Vargas – tiene rezagos de matriarcado, pero es patriarcal por la supremacía del varón que tiene potestad sobre los bienes, los hijos y sobre la misma mujer, pero tenemos que tener siempre en consideración que esta potestad no era absoluta, ni parecida a la romana, ya que estaba limitada por el poder del Estado que se inmiscuía dentro de las relaciones familiares. (...). Aquí el ayllu (pueblo del padre o pueblo de la madre) y la panaca se basan en la jerarquía y la localidad. Tienen singular importancia porque denota no sólo la familia, sino también el linaje y el

parentesco. (...) con relación a la sociedad conyugal el régimen familiar se basó en el matrimonio monogámico, aunque la poligamia por excepción era practicada por el Inca y la nobleza. Se conocían tres tipos de matrimonio: el del soberano Inca, el de la nobleza y el del pueblo que tenía carácter indisoluble. El matrimonio era considerado como un acto civil, algunas veces adoptó la forma contractual de la compra y la administrativa que se realizaba con intervención de un funcionario público. Coexistieron, además en forma legal las uniones de hecho o concubinato al lado de la institución matrimonial. El vínculo matrimonial sólo se disolvía con la muerte, pero excepcionalmente se admitió la separación por causa de adulterio, en cuyo caso era menester que el marido la haya sorprendido y cuente a la vez con un testigo. Ambas personas debían comunicar al Inca o a sus representantes, quienes enterados del hecho, declaraban la invalidez del matrimonio y autorizaban para que el marido pudiera casarse nuevamente.”³⁹

14.2. DERECHO FAMILIAR COLONIAL SEGÚN EL DOCTOR JAVIER PERALTA ANDÍA

El maestro PERALTA ANDIA nos enseña que: “La conquista del Perú por los españoles, sin duda, significó la ruptura violenta de la evolución del Derecho familia incaico, ya que introdujo un régimen jurídico legal completamente extraño al aborigen, con pretensión de prevalecer sobre las normas consuetudinarias incas. En efecto, el conquistador en todo momento trató de imponer un tipo y concepto distinto de familia basado en la monogamia, el matrimonio católico y el parentesco familiar reducido.

³⁹ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Obra Citada. p. 55

14.2.1. DERECHO FAMILIAR INDIANO

Este derecho se dio especialmente para que rija en América conquistada y colonizada. Está constituido por una diversidad de normas y disposiciones dictados por altos organismos de la Metrópoli (el Rey, el Real y Supremo Consejo de Indias, la Casa de Contratación de Sevilla) y también por autoridades españolas radicados en territorios conquistados (virreyes, oidores, etc.). Esta legislación, sin duda, traduce la concepción hispana de la familia.

14.2.2. DERECHO CASTELLANO

Es el Derecho de Castilla (España) que llega a América imbuido de elementos romanos, germanos, semitas, no estuvo ausente la vigorosa presencia del canonismo y otras influencias. Está formado por un conjunto de cuerpos legales provenientes de la Corona de Castilla que rigieron en todos los territorios de Américas colonizada por los españoles, particularmente, en el Perú, pero tan sólo para los casos en que no estuvieran expresamente previstos en el Derecho indiano, vale decir, que asumieron carácter subsidiario. (...) respecto a la sociedad conyugal la familia se basa en el matrimonio fundado en la “affectio maritalis”, en el carácter sacramental del vínculo y en la indisolubilidad del mismo. Se establecen los esponsales como requisito para la celebración del matrimonio, con entrega de arras y donaciones, así como con el necesario consentimiento de los padres, especialmente, para el matrimonio de menores. (...) Se reconoce el derecho a los gananciales, disponiéndose su división en una proporción del cincuenta por ciento para cada uno de los cónyuges, así como se garantizan los bienes de los huérfanos con la inventariación y la consiguiente rendición de cuentas. Se admite, por

último, la separación de cuerpos en forma excepcional, y se reprueba el concubinato no obstante estar muy arraigado."⁴⁰

14.3. DERECHO FAMILIAR REPUBLICANO SEGÚN EL DOCTOR JAVIER PERALTA ANDÍA

PERALTA ANDIA señala que: "La situación de las leyes al finalizar la Colonia era muy confusa. En materia de Derecho privado y familiar rigió el Derecho castellano en la mayoría de los casos, desde que el indiano contenía solamente disposiciones de orden administrativo o político, salvo aquellas relativas al cambio de domicilio de casados, a las modificaciones de los impedimentos para el matrimonio, las prohibiciones para el casamiento de funcionarios, etc.

14.3.1. PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL DE LORENZO VILDAURRE

Aparece en 1934, consta de tres partes: de las personas, de los dominios y los contratos, y de las últimas voluntades. El Derecho de Familia se regula en el libro relativo a las personas. En cuanto a la sociedad conyugal, sostiene el carácter mutuo y libre de la promesa de matrimonio, la cópula antes del casamiento rompe los esponsales y el estupro no produce obligación de contraerlo. Se considera el matrimonio como contrato natural y civil que requiere de mutuo y libre consentimiento, el que debe realizarse ante la autoridad pública y, por ende, tiene prelación sobre el religioso. En la sociedad conyugal la mujer, aunque compañera, estaba bajo la potestad del marido. En relación con el divorcio solo se aceptó la separación perpetua sin ruptura del vínculo. Los procesos de divorcio – aseguraba – debían seguirse ante el juez o los árbitros y su mente no era ajena a la formación de un tribunal compuesto de diez jueces y de otro tanto de madres de familia.

⁴⁰ *Ibidem.* p. 57.

14.3.2. CÓDIGO CIVIL DE SANTA CRUZ

Al no haber alcanzado éxito ni vigencia el Proyecto de Vildaurre, el mariscal Santa Cruz en el periodo de la Confederación Perú – Boliviana, por Decreto de 22 de junio de 1836, promulgó para el Sur de Perú el Código Civil y, el primero de noviembre del mismo año, aplicado al Estado Nor – Peruano. (...) El Derecho de familia se gobierna en el libro de las personas, habiendo tenido vigencia de sólo un año y medio, tiempo en que fue disuelto la Confederación en lo que concierne a la sociedad conyugal considera el matrimonio como una institución religiosa. Para la celebración del matrimonio se estableció la edad de los catorce años para los varones y de doce para las mujeres; mientras que en el Código francés era de dieciocho y quince años respectivamente. Los impedimentos impedientes y dirimentes eran aceptados, así como las formalidades del Concilio de Trento, en contraste en el Código francés. El divorcio era aceptado sólo como separación de cuerpos, pero la sociedad conyugal se disolvía con la muerte. En lo que se refiere a los bienes dotales el Código reducía sus privilegios y cuidaba de la seguridad de los mismos, así como de la restitución en los casos de separación matrimonial. Si el marido administraba los bienes parafernales lo era bajo responsabilidades prefijadas.”⁴¹

14.4. DERECHO FAMILIAR PERUANO

El maestro Javier PERALTA ANDÍA señala que:

14.4.1. “CÓDIGO CIVIL DE 1852

Constituye el primer cuerpo jurídico legal que tuvo el Perú Republicano, promulgado durante el Gobierno de Echenique. Consta de un título preliminar y de tres libros: De las personas y sus derechos; de las cosas, del modo de adquirirlas y los

⁴¹ *Ibíd.* p. 60.

derecho que tienen las personas sobre ellas; y de las obligaciones y contratos. (...) El Derecho de Familia se encuentra regulado en el primer libro. La celebración del matrimonio originaba el establecimiento de la sociedad conyugal caracterizado por la existencia de bienes propios y comunes. Se concede al marido la administración de los bienes de la sociedad, pero los bienes propios de la mujer era solo una facultad de ella; la negativa del marido de prestar alimentos a su mujer constituía causal de divorcio; el abandono del hogar por la mujer facultaba al marido para solicitar su depósito; los efectos del divorcio estaban limitados al feneamiento de los deberes de lecho y habitación, mas no a su disolución.

14.4.2. CÓDIGO CIVIL DE 1936

Promulgado en el Gobierno de Benavides, tuvo como principales mentores a los juristas Calle Oliverira, Olaichea, SOf y Muro, Valdizán y otros. Está constituido por un título preliminar y cinco libros: del derecho de las personas, del derecho de familia, del derecho de sucesiones, de los derechos reales y, de las obligaciones y contratos. El derecho familia se halla regulado en el libro segundo. En lo que atañe a la sociedad conyugal, reconoce la institución de los esponsales estableciendo que dicha promesa nupcial debe constar de manera indubitable y cuyo incumplimiento determina una indemnización por daños y perjuicios. Establece el consentimiento para el matrimonio de menores, los impedimentos que obstan su realización, la celebración del matrimonio con carácter obligatorio y los casos de nulidad del mismo. Admite como régimen patrimonial la sociedad de gananciales y, excepcionalmente, la separación de bienes durante el matrimonio, la autonomía de la mujer para el manejo de su patrimonio e introduce el divorcio vincular, además de la separación de cuerpos.

14.4.3. CÓDIGO CIVIL DE 1984

El vigente Código tiene su origen en el anteproyecto elaborado por la Comisión designada, todavía en 1965, integrada por distinguidos jurisconsultos como José León Barandiarán, Héctor Cornejo Chavez, Rómulo Lanatta (...). En lo concerniente a la preparación del Anteproyecto del Libro de Familia se encargó exclusivamente al maestro Héctor Cornejo Chávez, el más destacado especialista sobre la materia. El referido cuerpo contiene cuatro secciones: disposiciones generales, sociedad conyugal, sociedad paterno – filial y aparato familiar, el mismo, no ha sido modificado sustancialmente por la Comisión Revisora. Respecto a la sociedad conyugal comprende el matrimonio como acto (esponsales, impedimentos, celebración del matrimonio, invalidez del mismo); relaciones personales entre los cónyuges (deberes y derecho que nacen del matrimonio); régimen patrimonial (disposiciones generales, sociedad de gananciales, separación de patrimonios); decaimiento y disolución del vínculo (separación de cuerpo y divorcio).⁴²

15. DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO NATURAL

Gabriel GARCIA CANTERO nos enseña que: “El Derecho de familia es una de las partes del Derecho Civil que más en contacto permanecen con el Derecho natural. Ello significa que el legislador debe respetar en esta materia las exigencias éticas, bajo pena de trastocar las bases mismas de la sociedad”⁴³.

Es necesario hacer referencia sobre el derecho de familia y derecho natural ante la situación que vive nuestra sociedad, debido a la no protección de la familia y su fácil disolución, asimismo se debe de tener en consideración que nuestra Constitución Política en su artículo 4 prescribe que “(...) La comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio.

⁴² Ibídem. p. 61.

⁴³ Citado por CORNEJO FAVA, María Teresa. “Matrimonio y Familia su Tratamiento en el Derecho”. Editorial Tercer Milenio S. A. Lima – Perú 2000. p. 891.

Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Ante ello debemos de precisar que la familia se encuentra conformada por dos personas que puedan procrear y asimismo que puedan contraer matrimonio para que tenga la base sólida y sea reconocida por el Estado.

SUB CAPÍTULO II: MATRIMONIO

1. ANTECEDENTES

Benjamín AGUILAR LLANOS hace mención que: “La institución del matrimonio es tan antigua como el hombre mismo. Se señala que no ha habido etapa del desarrollo humano donde no haya existido el matrimonio. Dice Shiskin que a la etapa del salvajismo corresponde el matrimonio por grupos y a la civilización el matrimonio monogámico. Lo que evidentemente ha variado es la forma como se celebran los matrimonios, dentro de la cual un simbolismo es el que caracteriza a las primeras etapas; así en los pueblos más primitivos se practicó el matrimonio por raptó y compra, considerándose como un acto muy serio del que dependía la perpetuidad de la familia y de sus cultos, por eso su celebración se llevaba con mucha seriedad, con ritos e incluso sacrificios”⁴⁴.

CASTILLO FREYRE y TORRES MALDONADO señalan que: “La reflexión sobre el matrimonio en Occidente ha de partir del matrimonio canónico que ayuda a perfilar su núcleo. El Derecho Canónico ha determinado las instituciones más importantes del Derecho de Familia puro y, especialmente, el matrimonio. El matrimonio es tan antiguo como el propio hombre”⁴⁵.

Por otra parte AGUILAR LLANOS indica que: “En el Derecho romano el matrimonio tuvo carácter monogámico, sin embargo, encontramos varias formas de celebración, así el matrimonio reservado para los patricios se cumplía en presencia de la estatua de Júpiter, de un pontífice y diez testigos. Por otro lado, existía la *coemptio* o matrimonio por compra, que al principio fue efectiva y luego meramente simbólica. También existió el *usus* o adquisición de la mujer por una suerte de prescripción durante un año. También debemos considerar el matrimonio *cum manus* que consistió en una especie de adopción de la mujer por el marido, y el matrimonio *sine manus* que era el concubinato tolerado. En el Derecho germano el matrimonio era una institución civil consistente en la compra simbólica de la mujer, como es el caso del matrimonio en la puerta de la iglesia, que simbolizaba la transferencia de la

⁴⁴AGUILAR LLANOS, Benjamín. Obra citada. p. 28.

⁴⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Obra citada. p. 12.

potestad paterna a la marital por entrega de dinero, armas, ganado; posteriormente el truke matrimonial quedó reducido a la mera promesa o desposorios. En el Derecho medieval la Iglesia tomó la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, hecho que reafirmó en los Concilios de Letrán (siglo XIII) y Trento (siglo XVI); consideraba al matrimonio canónico como un contrato y al mismo tiempo como un sacramento; el matrimonio religioso tiene el carácter de indisoluble porque solo concluye con la muerte. En el Derecho moderno se laicizó el matrimonio, sobre todo en el siglo XVIII durante la Revolución Francesa, al extremo de que el Código de Napoleón lo consagra como una institución esencialmente civil, lo que influyó en la mayor parte de las legislaciones civiles del mundo”⁴⁶.

Por lo antes expuesto se desprende que el matrimonio siempre ha existido, lo que ha sido fundamental para que la familia quede consolidada y complementar así una unión voluntaria de una pareja a fin de hacer vida en común.

2. ANTECEDENTES PERUANOS

Benjamín AGUILAR LLANOS manifiesta que: “Al Inca le era permitido la poligamia y el concubinato incestuoso, algunos afirmaban que el Inca se casaba con una hermana paterna según las costumbres basada en el incesto del Sol y la Luna, la Colla era la mujer principal pero el inca se rodeaba de concubinas, de sangre real, las pallas y de la concubinas extrañas conocidas como mamakunas. El pueblo o hatunrunas se casaban en presencia de los tucuyricuy. En la época Virreinal, con la Real Cédula de Felipe II se introduce en 1564 el sistema matrimonial católico para América, con sujeción estricta a la reforma tridentina y es así que el matrimonio se concibe como sacramento y contrato. En la época de la República la vigencia y validez de las normas del matrimonio religioso católico con efecto civil subsistieron. Con los Decreto Leyes 6889 y 6890, del 8 de octubre de 1930, época del Presidente Luis M. Sánchez Cerro, se tiene al matrimonio civil como el único que genera efectos

⁴⁶ Idem.

jurídicos e ingresa al Perú la institución del divorcio absoluto, lo que ha permanecido a través de los Códigos Civil de 1936 y 1984⁴⁷.

El Perú no ha sido ajeno a la institución del matrimonio, ya que ha existido desde el tiempo de los incas, por lo que se desprende que el matrimonio daba la consolidación a la familia.

3. ETIMOLOGÍA

“Etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos de raíz latina *matris* madre y *munim* carga o gravamen, por lo que algunos han señalado que se trata de una carga o gravamen para la madre por cuanto sería ella quien lleva el peso, antes y después del parto, en tanto que ella concibe a los hijos, los alumbró, los cuida, atiende su formación y los educa⁴⁸.”

4. ORIGEN DEL MATRIMONIO

María Teresa CORNEJO FAVA indica que: “El matrimonio es una de las instituciones sociales de más difícil comprensión no obstante que paradójicamente existe como derecho y posibilidad y todos los seres humanos y como hecho real para la mayoría de ellos, vale decir que en todo ser humano se da conocimiento suficiente para contraer matrimonio y vivir en él.”⁴⁹

El origen del matrimonio se da desde siempre, desde que el hombre decide vivir a lado de una pareja formando una familia, y a fin de que esta familia quede consolidada se produce la institución del matrimonio, el cual le permitirá valorar más la familia junto con la procreación de sus hijos.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 29

⁴⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Obra Citada*. p. 28.

⁴⁹ TERESA CORNEJO, María Teresa. “Matrimonio y Familia su Tratamiento en el Derecho”. Editorial Tercer Milenio S. A. Lima – Perú 2000. p. 238.

5. EL MATRIMONIO EN LA ANTIGÜEDAD

5.1. EL MATRIMONIO PRIMITIVO

Mariano MONTOYA CALLE⁵⁰ indica que: “Se puede distinguir cinco formas diferentes y sucesivas de familias, cada una de las cuales posee un régimen de matrimonio característico:

- a) **El matrimonio consanguíneo** se basaba en el matrimonio entre hermanos y hermanas, propios y colaterales, dentro del grupo en el que vivían.
- b) **El matrimonio panalúa** se caracteriza en el matrimonio entre varias hermanas propias y colaterales, en unión con los maridos de cada una de las otras, en grupo, no siendo indispensable que los maridos comunes estuviesen emparentados entre sí. Por otro lado, varios hermanos, sean propios y colaterales, se unían con las esposas de cada uno de los otros, en grupo, sin que sea indispensable que estas esposas estuviesen emparentadas entre sí, aunque en ambos casos, ello ocurría con mucha frecuencia. En todo caso, el grupo de hombres se casaba en conjunto con el grupo de mujeres.
- c) **El matrimonio sindiásmico** o por parejas: se consideraba así al matrimonio entre parejas solas, pero sin cohabitación exclusiva. El matrimonio tenía una duración en función a la voluntad de cada uno de los esposos.
- d) **El matrimonio patriarcal** se encontraba basado en la unión de un hombre con varias mujeres. Por lo general estaba acompañado por la reclusión de las esposas, teniendo el esposo poder absoluto sobre la mujer.
- e) **El matrimonio monógamo** consistía en la unión entre parejas solas con cohabitación exclusiva”.

El matrimonio primitivo tuvo muchas características y diferencias en cada régimen matrimonial, tal como el autor ha señalado anteriormente, sin embargo lo que nos interesa es que el matrimonio

⁵⁰ MONTOYA CALLE, Mariano. Obra citada. p. 121.

ha existido y que las familias necesitaban unirse en matrimonio a fin de consolidar su unión.

5.2. MATRIMONIO EN EGIPTO

MONTOYA CALLE refiere que: “Recogiendo los relatos de Herodoto, los egipcios contaban con leyes e institutos diferentes de otros pueblos. Por ejemplo, las mujeres podían ejercer actividades comerciales; hacían compras en los mercados, mientras que los hombres se dedicaban a quehaceres del hogar, como realizando tareas en tejidos, constituyendo ello un marcado apego o costumbre de las antiguas familias matriarcales”⁵¹.

Según sostiene D’AGUANNO, “En Egipto hubo tres clases de matrimonio:

- Servil: cuando la mujer se convertía en esclava del hombre que había elegido como su marido;
- Igualitario: que se sustentaba en que existía igualdad de derechos y una cierta comunidad sobre los bienes de ambos cónyuges;
- El intermedio: que constituía esencialmente a cierta dote que el marido hacía a su consorte”⁵².

De la misma manera Egipto no es ajena al matrimonio, desde sus inicios ya que existían diferentes formas de matrimonio, cada una con diferentes características, pero como ya lo hemos mencionado, lo que nos interesa es que el matrimonio es una institución muy antigua y las familias se unían en matrimonio teniendo un fin en común.

5.3. EL MATRIMONIO EN LA INDIA

Mariano MONTOYA indica que: “Entre las costumbres antiguas del pueblo hindú, en atención a la subsistencia del Manava – Dharma – Sastra o Código de Leyes de Manú cuyo origen posiblemente se remonta a varios siglos antes de Cristo, aparece que la mujer gozaba

⁵¹ *Ibíd.* p. 123.

⁵² Citado por MONTOYA CALLE, Mariano. Obra citada. p. 124.

de una posición poco aceptada, pues inclusive podía ser considerada como un ser impuro. Reza del citado código, que la mujer debía reverencia a su esposo como a un Dios. La unión matrimonial tenía por fin esencial la procreación de un hijo varón; inclusive estaba permitido que en caso de fallecer el marido sin dejar hijos, un hermano suyo podía asegurar la descendencia; inclusive era legal que aun viviendo el esposo, la mujer infecunda, podía buscar descendencia con un pariente de aquél⁵³.

El matrimonio en India fue diferente a los ya estudiamos anteriormente, este se diferencia que el fin del matrimonio era la procreación de un hijo asegurando la descendencia, por lo que se puede deducir que el núcleo fundamental de la sociedad es la familia.

5.4. EL MATRIMONIO EN PERSIA

MONTOYA CALLE señala que: “En la legislación persa existía el matrimonio a plazo, es decir, acordado por un tiempo determinado, vencido el mismo, cualquiera de los cónyuges podía darle fin o renovarlo”⁵⁴.

La legislación persa regulaba el matrimonio, al igual que en otras legislaciones el matrimonio tenía sus características, ya que a comparación de las legislaciones anteriores, se debía de cumplir un tiempo determinado para luego continuar o dar fin al matrimonio, por lo que se desprende que existe un tiempo de cumplimiento, es decir deberse fidelidad durante el tiempo acordado.

5.5. EL MATRIMONIO EN EL PUEBLO HEBREO

Mariano MONTOYA CALLE indica que: “El matrimonio como institución fue acentuado desde un comienzo en el Antiguo Testamento. En el capítulo Génesis, se señala la aprobación divina sobre el matrimonio; conforme con las necesidades biológicas y sociales, la institución del matrimonio es consagrada. Aunque los

⁵³ MONTOYA CALLE, Mariano. Obra citada. p. 124.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 125.

hebreos son conocidos por el interés que ponen en la responsabilidad de los hijos para con sus padres, se le ordena al esposo dejar a su padre y a su madre y unirse con su mujer. (...) El matrimonio dentro de la familia, es considerado como la principal institución social, y el amor es el servidor de todos”⁵⁵.

El hombre debe de unirse en matrimonio y formar una familia, para ello el varón debe de dejar a su padre y madre para poder unirse con su cónyuge.

5.6. EL MATRIMONIO EN GRECIA

Carlos SOLER Y ARQUÉS indica: “Revisando las lecturas de Homero, desde los inicios de la civilización griega, la poligamia y la superposición del marido quien podía inclusive repudiar a su mujer, era bien difundidos y notorios; aunque no se delatan excesos que se hayan cometido por dichos motivos”⁵⁶.

Mariano MONTOYA CALLE señala que: “El matrimonio implicaba que la mujer perdía los ritos religiosos de su *gens* y adquiría los de sus esposo. La norma era tan generalizada significando que el matrimonio habitualmente se realizaba fuera de la *gens*”⁵⁷.

En Grecia, la mujer al contraer matrimonio se unía a la familia de su cónyuge, por lo que perdía su descendencia y continuaba con su vida matrimonial dentro de la familia de su cónyuge.

5.7. EL MATRIMONIO EN IRAN

MONTOYA CALLE menciona que el: “Corán, que constituye el libro sagrado de los musulmanes, escrito al parecer durante el siglo VII D.C., registra muchos principios que constituyen el fundamento de todos los pueblos que profesan la religión mahometana. Especialmente en lo atinente al matrimonio, debe recalcarse que la azora cuarta dirigida a “las mujeres”, faculta la poligamia en su aleya

⁵⁵ Ibídem. p. 126.

⁵⁶ Citado por MONTOYA CALLE, Mariano. Obra citada. p. 127.

⁵⁷ MONTOYA CALLE, Mariano. Obra citada. p. 127.

tercera. Asimismo, en otros pasajes del Corán se aprecia que el matrimonio estaba asentado sobre la potestad marital, constituyendo las mujeres seres inferiores y existiendo el derecho a la repudiación, debiendo en tal caso el marido pensionar a la cónyuge repudiada”⁵⁸.

Se vuelve apreciar un matrimonio diferente, el cual la mujer es sometida bajo las órdenes de su cónyuge, además de que se permitía la poligamia, sin embargo el matrimonio existe en dicha legislación.

5.8. EL MATRIMONIO EN ROMA

Mariano MONTOYA CALLE menciona que: “En la antigua Roma, el matrimonio, conforme a las normas de Derecho Civil, se denominaban “*Legitimum matrimonium*” o *iustae nuptia*. El matrimonio era considerado como la unión de un hombre y de una mujer con la finalidad de crear una estable e íntima comunión de vida y fundar una familia. Para poder contraer enlace matrimonial, era necesario que los novios gozaran del *ius connubii*”⁵⁹.

En Roma encontramos un matrimonio muy diferente ya que es el hombre y una mujer quienes se unen en matrimonio a fin de fundar una familia y los que iban a contraer matrimonio debían de cumplir determinados requisitos para que el matrimonio sea válido.

6. SISTEMAS MATRIMONIALES

De la misma manera AGUILAR LLANOS nos enseña que: “En el Derecho existen diversos sistemas matrimoniales tales como el indeterminado y el determinado.

- **El sistema indeterminado (Confesional):** No exige formalidad única y específica para la celebración del matrimonio, pues se trata de un régimen propio de los pueblos antiguos que reconocían efectos jurídicos a todas las formas matrimoniales, por ejemplo: los católicos, aplicaban

⁵⁸ *Ibidem*. p. 129.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 130.

las disposiciones del Concilio de Trento; a los luteranos las suyas; a los judíos las de su religión.

- **El sistema determinado (único):** abarca los siguientes subtemas:
 - **El exclusivamente religioso:** Sólo reconoce el matrimonio contraído según la religión oficial del Estado.
 - **El exclusivamente civil:** Reconoce efectos sólo al matrimonio celebrado por un funcionario público o autoridad competente, con exclusión de la idea religiosa.
- **El sistema mixto,** tiene dos modalidades:
 - **La Facultativa:** Permite elegir entre la forma religiosa y la civil, pero ambas producen los mismos efectos jurídicos.
 - **La Subsidiaria:** Es una forma principal y otra accesoria, ya sea para algunos grupos de personas (matrimonio Civil de judíos o disidentes), ya para matrimonios mixtos u otros casos donde los contrayentes no pueden obtener una bendición eclesiástica. Finalmente el autor citado hace referencia que en lo que atañe al Perú, el Código Civil de 1853 adoptó el sistema exclusivamente religioso de acuerdo con las disposiciones del concilio de Trento. El 23 de diciembre de 1897 se reconocieron dos formas matrimoniales, la canónica para los católicos y la civil para los no católicos. Mediante Decreto Ley 6889 se secularizó el matrimonio de tal forma que los Códigos Civiles de 1936 y 1984 adoptaron el sistema exclusivamente civil⁶⁰.

A largo de la historia y en algunos países aún tienen algunos sistemas matrimoniales adoptados, siendo lo resaltante que es el matrimonio lo que se protege ya sea por cualquier manera que lo haya contraído, sin embargo eso da pie a que las familias tengan una fuente formal de inicio.

7. ETIMOLOGÍA

AGUILAR LLANOS señala que: “la voz matrimonio deriva de los vocablos de raíz latina *matris* madre y *munim* carga o gravamen, por lo que algunos han señalado que se trata de un carga o gravamen para la madre, por cuanto sería

⁶⁰ *Ibidem.* p. 30.

ella quien lleva el peso, antes y después del parto, en tanto que ella concibe a los hijos, los alumbró, los cuida, atiende su formación y los educa”⁶¹.

8. CONCEPTO

El soviético PIOTR SEDUGUIN conceptúa como “La unión libre e igual en derechos entre el hombre y la mujer, como regla, para toda la vida, basado en los sentimientos de amor, amistad y respeto mutuo, que se celebra en las oficinas de actas de registro civil con el fin de formar la familia y que engendra los derechos y obligaciones mutuos, personales y de propiedad, que surgen entre los esposos”.⁶²

El maestro PERALTA ANDÍA nos enseña que: “Desde el punto de vista sociológico, el matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual sancionada por la ley. Queda así elevada la unión sexual a la categoría de fundamento principal del matrimonio.”⁶³

CASTILLO FREYRE y TORRES MALDONADO señalan que: “Conceptualizando sociológicamente, el matrimonio es la institucionalización de la relación cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley. Para el derecho, tratando de no alejarnos de las concepciones del Código Civil peruano es un acto jurídico especial que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos”⁶⁴.

Santo Tomás de Aquino indica que: “... La unión conyugal es adunatio, unión en orden a un fin común, a un fin que requiere la obra común de los dos esposos, precisamente en la que marido y mujer son complementarios: la transmisión de la vida humana y también el consorcio de vida, el consortium omnis vitae del que hablaban los jurisconsultos romanos.”⁶⁵

⁶¹ *Ibidem*. p. 28.

⁶² Citado por PERALTA ANDIA, Javier Rolando. *Obra Citada*. p. 79.

⁶³ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. *Obra Citada*. p. 79.

⁶⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. *Obra citada*. p. 13.

⁶⁵ Citado por CORNEJO FAVA, María Teresa. *Obra citada*. p. 321

Ludwing ENNECCERUS nos da a conocer que: “El matrimonio como la unión de un hombre y una mujer reconocida por la ley, investido de ciertas consideración jurídicas y dirigido al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges”⁶⁶.

Por parte de Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN “entienden el casamiento como la unión de un varón y una mujer concertada de por vida, mediante la observancia de ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia”⁶⁷.

Asimismo Kipp y Wolff señala que: “El matrimonio como la unión de un hombre y una mujer reconocida por el Derecho e investida de cierta consecuencias jurídicas”⁶⁸.

Nuestro Código Civil de 1984 define el matrimonio como una institución fundamental del Derecho de Familia, que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común (Artículo 234).

La unión del hombre y una mujer ante la ley es el inicio de la familia, es decir es el reconocimiento jurídicamente válido para su existencia frente a la sociedad, que también dará inicio a ciertas obligaciones entre cónyuges, asimismo con sus hijos.

9. FINES DEL MATRIMONIO

CASTILLO FREYRE y TORRES MALDONADO refieren que: “El matrimonio ha sido la institución por excelencia que ha reforzado aquella idea tradicional de familia, erguida sobre los pilares del parentesco la convivencia y la sexualidad (heterosexual). Asimismo, existe unanimidad en que, es mediante el matrimonio, que se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia. No obstante, esas ansias en una búsqueda de permanencia del matrimonio –

⁶⁶ Citado por AGUILAR LLANOS, Benjamín. Obra citada. p. 31.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

lastimosamente- muchas veces se ve interrumpida por diversos factores, que han sido agrupados en una categoría mayor como lo es el divorcio”⁶⁹.

Para MONTAIGNE y SHOPENHAUER “el fin del matrimonio se ubica en el bienestar de la prole”⁷⁰.

De acuerdo a las teorías de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino “atribuyen al matrimonio un doble propósito, de un lado la procreación y subsiguiente educación de la prole y de otro, el mutuo auxilio entre los cónyuges”⁷¹.

El Canon 1055 del Codex Juris Canonici de 1983 establece como fines del matrimonio el bien común de los cónyuges y de la generación y educación de los hijos.

Según Marcel PLANIOL y Georges RIPERT señala que: “el matrimonio crea una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas, pero su objeto esencial es la creación de la familia”⁷².

El fin del matrimonio se consolida en la armonía de quienes decidieron contraer matrimonio y así como hace mención los citados anteriormente el fin del matrimonio es la procreación, el bien común de los cónyuges y la creación de la familia.

10. PRINCIPIO DE PROTECCION AL MATRIMONIO

El matrimonio se consagra en los principales tratados sobre derechos humanos, por ejemplo:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos:

- **Artículo 16.1:**

"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a

⁶⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Obra citada. p. 13.

⁷⁰ Citado por AGUILAR LLANOS, Benjamín. Obra citada. p. 32.

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem.

casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

- **Artículo 16.2:**

"Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio"

Así como la familia se encuentra regulada en los principales tratados sobre derecho humanos, lo está el matrimonio ya que la familia existe jurídicamente con el matrimonio, siendo su inicio formal.

11. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Según Carla Teresita GARCÍA CEVALLOS: "Este concepto ha tratado de ser explicado desde la siguiente perspectiva:

- a) **Tesis Contractualista:** Esta posición puede ser enfocada, desde dos perspectivas: la **canónica**, considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido y la **civil tradicional**, postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulta aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento.
- b) **Tesis Institucionalista:** El matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a las que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes deseen casarse, es decir una institución.
- c) **Doctrina Mixta:** El matrimonio posee un plano doble: Es a la vez un contrato y una institución"⁷³.

⁷³MANRIQUE GAMARRA, Karina. Obra citada. p. 16

De las tesis antes expuestas, cada una, regula a su manera el matrimonio, sin embargo todas ellas dan una protección especial al matrimonio para que pueda ser válido.

Asimismo Carla Teresita GARCÍA CEVALLOS señala que: “Las familias de base matrimonial pueden ser:

- a) **Familias matrimonial completa:** Formada por padre, madre e hijos (monoparental).
- b) **Familia matrimonial incompleta:** Originada por el divorcio, la separación, la invalidez del matrimonio o la muerte.
- c) **Familia Pluriparental:** Llamada ensamblada, recompuesta, reconstituida o mosaico. Es la estructura familiar que mantiene una persona con otra en la que una de ellas o ambas tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente). Es la pareja en segundas nupcias con hijos propios y comunes. En la nueva familia convergen ligaciones, patrimonios e hijos ajenos; la indefinición de los nexos es su característica. Si es una sola la parte que tuvo el compromiso se le llama simple; si son las dos, familia ensamblada compleja”⁷⁴.

Nos muestra que existen tres tipos de familia, sin embargo creemos que al fundar una familia matrimonial, esta debe de perdurar en el tiempo, asumiendo las responsabilidades por las que se optó, y evitar que existan las familias matrimoniales incompletas y las familias pluriparentales.

12. FAMILIAS DE ORIGEN EXTRAMATRIMONIAL:

Carla Teresita GARCÍA CEVALLOS hace referencia que: “Las uniones de hecho que se han configurado, con diversas estructuras, a la interior de las familias de base no matrimonio son:

- a) **Familia concubinaria propia:** En esta familia tanto el varón y la mujer llevan vida de casados sin estar empero podrían casarse en

⁷⁴Ibíd. p. 17

cualquier momento dado que no tienen ningún impedimento para hacerlo.

- b) Familia concubinaria impropia:** Se refiere a la situación en la que la pareja no podrá contraer matrimonio civil válido debido a la existencia de una serie de impedimentos legales para su realización.
- c) Familia religiosa:** se define así a la familia fundada en el matrimonio canónico. Es unión religiosa no tiene valor jurídico alguno, excepto aquellos celebrados con anterioridad al año 1936.
- d) Familia andina basada en el servinakuy:** La pareja no se encuentra unida por el matrimonio civil ni por el religioso sin embargo está unida por vínculos estables y duraderos.
- e) Familia amazónica:** son grupos familiares típicos ligados por lazos duraderos o peculiares pero que tienen connotaciones distintas a la familia andina y occidentalizada.
- f) Familias nacidas de relaciones circunstanciales:** Refiere a familias que suelen estar basadas en situaciones como el engaño, la irresponsabilidad o el delito y se conforman por la madre y su hijo (madres solteras)⁷⁵.

En esta línea de familia de origen extramatrimonial, si bien es cierto que la Constitución Política del Perú prescribe que protege a la familia, sin embargo no hace referencia a que tipo de familia, por tanto se protege a la familia en general, por otro lado en la Constitución Política del Perú prescribe que el Estado promueve el matrimonio siendo posible que la misión del Estado es promover el matrimonio y como este es la fuente, la existencia jurídicamente válida, por tanto es el Estado quien debe de proteger las familias matrimoniales, sin dejar de lado las familias extramatrimoniales debido a que

⁷⁵Ibídem. p 18.

sería el Estado quien debe de promover el matrimonio a aquellas familias mencionadas precedentemente.

13. CARACTERES JURÍDICOS DEL MATRIMONIO

El maestro Javier PERALTA ANDIA hace mención que son los siguientes:

- a) **“Institución del Derecho de Familia:** El matrimonio evidentemente es una institución fundamental del Derecho familiar, en primer lugar, porque es su fuente principal, ya que gracias a él se crea la figura básica que da origen a la familia de base matrimonial y, luego porque sin el matrimonio, no se concibe una comunidad familiar fuerte, estable y duradera (...).

- b) **Unión de un varón y de una mujer:** Se trata, pues, de una unión intersexual monogámica, lo cual significa la preexistencia de un vínculo conyugal que impide la constitución de otro. Así lo establece el artículo 241, inciso 5, del Código Civil peruano, cuando prescribe que no pueden contraer matrimonio los casados, es decir que no pueden contraer otro enlace de carácter civil. (...) La unión conyugal es permanente y estable en el sentido de que se contraen nupcias con el propósito de que perdure y de que su estabilidad quede garantizada por la ley.

- c) **Legalidad:** El matrimonio es la unión de un varón y de una mujer legalmente sancionado por la ley, lo cual supone –en primer término- la aptitud legal para contraerlo y luego, el cumplimiento de ciertas formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico.

- d) **Comunidad de vida:** Se refiere a la permanencia necesaria de los cónyuges que deben compartir de un mismo destino, esto, es para gozar no solo de las excelencias que brinda la unión conyugal, sino también para soportar el peso de la vida y afrontar cada una de las vicisitudes que ofrece la existencia humana”⁷⁶.

⁷⁶ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. “Derecho de Familia en el Código Civil”. Obra Citada. p. 82

Coincidimos con lo antes mencionado por el maestro Javier Peralta Andía, ya que el origen de la familia se basa en el matrimonio y por tal motivo al estar unido en matrimonio se tiene una familia unida, duradera y estable, pero para que haya un matrimonio los contrayentes deben de cumplir con determinados requisitos que la ley establece.

14. CLASES O TIPOS DE MATRIMONIO

El profesor PERALTA ANDIA, lo distingue de la siguiente manera:

- a) **“Por la autoridad legal:** El matrimonio puede ser de dos clases: El canónico y el civil. El primero es el celebrado con arreglo a las prescripciones de la Iglesia Católica, el mismo constituye un contrato elevado a categoría de sacramento que hace indisoluble el casamiento. El segundo, es el realizado ante funcionario público competente conforme a la legislación ordinaria civil.
- b) **Por la condición de los contrayentes:** El casamiento puede adoptar dos modalidades: matrimonios e igualdad de derechos y matrimonios en desigualdad de éstos. Todo depende si la legislación de determinado país adoptó o no el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, en contraste, admite dicha desigualdad.
- c) **En cuanto a su publicidad:** El matrimonio puede asumir dos modalidades: pública y privada. La primera se realiza cumpliendo todas las solemnidades establecidas por la ley. La privada, en cambio, con dispensa de algunos requisitos justificados por las circunstancias
- d) **Por las circunstancias de su realización:** Los matrimonios pueden ser de dos clases ordinarios y extraordinarios. Los primeros se celebran ante el alcalde o funcionario competente con todas las formalidades determinadas por el orden jurídico establecido mientras que los matrimonios extraordinarios se verifican en situaciones especiales como cuando uno de los contrayentes se encuentran en inminente peligro de muerte, como el celebrado en campaña o a bordo de naves y aeronaves
- e) **Por sus efectos:** los casamientos adoptan tres modalidades: el válido, el inválido y el ilícito, cada uno de los cuales con las peculiaridades conocidas que la doctrina y el Derecho positivo determinan. Es válido

el matrimonio cuando surte plenamente todos sus efectos por haberse realizado con todas las formalidades exigidas; resulta inválido, cuando contrariamente no se ha celebrado observando las prescripciones legales, consiguientemente son nulos o anulables; y, es ilícito, si se contrajo contraviniendo el ordenamiento jurídico y sin embargo no es inválido.”⁷⁷

A pesar de que existan tipos de matrimonio, a lo que se arriba es la fundación de la familia a través del matrimonio, pero para ello se debe de cumplir ciertos requisitos a fin de que sea un matrimonio válido y no contravenga con el ordenamiento jurídico.

15. REGULACION DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La institución del matrimonio está regulada por nuestro Código Civil en el Libro III (Derecho de Familia), dentro de la Sección Primera y Segunda.

La maestra Elvira María ALVAREZ OLAZÁBAL señala que existen requisitos de fondo y de forma para la celebración del matrimonio los cuales son:

a) “Requisitos de Fondo:

- Diferencia de Sexo.
- Edad mínima.
- Libre consentimiento.

El primer requisito (...) es una exigencia del mismo código, al establecer que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer. En otras legislaciones resulta igualmente obvio este requisito por cuanto se establece expresamente la finalidad de procreación, la que solo es factible entre un varón y una mujer. En cuanto al segundo requisito, es decir el referido a la edad mínima, se considera que si uno de los fines del matrimonio es la procreación, es fundamental para contraerlo el poseer la capacidad genética. Asimismo, teniendo en cuenta que esta no tiene límite cronológico fijo

⁷⁷ Ibídem. p. 84.

para todos, con el fin de evitar comprobaciones impracticables, las leyes siguen la tradición romana, fijando una edad de pubertad legal. El derecho romano fijaba la edad de catorce años para el varón y en doce para la mujer, en la actualidad estas edades se consideran excesivamente precoces.”⁷⁸

Como hemos venido señalando, para que exista la familia debe de fundarse en el matrimonio, sin embargo para que exista el matrimonio válido se debe de cumplir con determinados requisitos tales como la diferencia de sexo, edad mínima y el libre consentimiento. En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, se hace mención que el matrimonio es la libre unión de un hombre y una mujer y con edad mínima para contraer matrimonio.

b) Requisitos de Forma: La maestra ALVAREZ OLAZABAL lo divide en tres grupos:

- “Los que preceden al matrimonio.
- Los que se dan en la celebración misma.
- Los que se dan con posterioridad a la celebración.

Dentro de los primeros tenemos las formalidades preparatorias; es decir, cuando los contrayentes han cumplido con formar el expediente tal como señala el Código Civil, es en ese momento que se dice que están aptos para la celebración de la ceremonia.

Dentro del segundo grupo, encontramos como requisitos la intervención del funcionario competente, que estén presentes los testigos solicitados por la ley, y cumplir con las formalidades del acto mismo.

Dentro del tercer grupo, encontramos los actos relacionados con la protocolización, como el acta respectiva, que tendrá que asentarse y

⁷⁸ ALVAREZ OLAZABAL, Elvira María. “Separación de Hecho e Imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio. ¿Permisividad o solución?. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho. Unidad de Post Grado. Lima – Perú. 2006. p. 26.

extendiéndose por duplicado, así como la repetición de las fórmulas respectivas tanto verbales como escritas.”⁷⁹

Respecto a los requisitos de forma encontramos que los contrayentes deben de cumplir con la formalidad que establece el Código Civil, seguidamente que el matrimonio debe de ser celebrado ante un funcionario competente y los testigos respectivos, finalmente los contrayentes firman el acta respectiva y son declarados cónyuges.

16. MATRIMONIO, INSTITUCION DE DERECHO NATURAL

María CORNEJO FAVA nos enseña que: “El matrimonio es una institución de derecho natural: como primera aproximación al tema interesa precisar el concepto de derecho; más exactamente, la noción de <<derecho natural>>, contrapuesta a la de derecho emanado de la sociedad que se conoce con la denominación de <<derecho positivo>> entendido como aquel que se contiene en normas emanadas políticamente organizada, es decir del Estado representado por su rama legislativa. Se trata pues de estudiar aquí no el derecho ni tampoco el derecho en sí, materia esta última que es propia de la filosofía del derecho, sino tan sólo y específicamente el derecho natural.”⁸⁰

El matrimonio al ser la libre unión de un hombre y una mujer viene a ser parte del derecho natural, ya que es la necesidad del hombre de poder formar una familia, y para que la familia exista es que se reconoce al matrimonio como una institución natural que está lejana al derecho positivo.

17. MATRIMONIO: ¿SOCIEDAD O COMUNIDAD?

CORNEJO FAVA señala que: “El término “sociedad” ha sido aplicado desde siglos al matrimonio. Actualmente, se observa una tendencia a su abandono y sustitución por el de “comunidad” obedeciendo ello a que se busca centrar

⁷⁹ *Ibíd.* p. 27

⁸⁰ CORNEJO FAVA, María Teresa. *Obra Citada*. p. 249

esta institución en la relación interpersonal de varón y mujer antes que en la proyección social de ella”.⁸¹

Javier HERVADA señala que: “Cuando en la antigüedad se hacía referencia a la *societas coniugalisse* se indicaba la *íntima communitas vitae et amoris coniugalis*; que, en virtud de esta cercanía y semejanza de esta terminología (...) no hay diferencias apreciables entre llamar al matrimonio comunidad o seguir llamándole sociedad”.⁸²

Efectivamente no hay diferencias entre llamar al matrimonio sociedad o comunidad, mientras sea el inicio de la familia y se consolide en esta, no hay necesidad de buscar una diferencia entre los términos mencionados.

18. REGULACION DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COMPARADA

a. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA:

El Código Civil Español no define al matrimonio, como nuestro Código Civil, sin embargo señala cuáles son los requisitos del matrimonio (Artículos: del 44° al 50°):

Artículo 44

El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Artículo 45

No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

⁸¹ *Ibidem*. p. 313.

⁸² Citado por CORNEJO FAVA, María Teresa. Obra citada. p. 313.

Artículo 46

No pueden contraer matrimonio:

1. Los menores de edad no emancipados.
2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

Artículo 47

Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
3. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Artículo 48

El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior.

El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores.

La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

Artículo 49

Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

1. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código.
2. En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.

Artículo 50

Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

- Siguiendo en la línea de la legislación comparada, al revisar el Código Civil español (Artículo 59 y 60 del Código Civil), éste regula el matrimonio religioso:

Artículo 59

El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste.

Artículo 60

El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el Artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente.

b. LEGISLACIÓN COLOMBIANA:

El Código Civil colombiano señala en su Artículo 113: *El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.*

Existiendo una diferencia clara con la legislación española, la cual no define que es el matrimonio, sin embargo la legislación colombiana hace un énfasis, indicando que el matrimonio es un **contrato social**.

- Respecto a la capacidad para contraer matrimonio la legislación colombiana establece lo siguiente:

Artículo 116:

Las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente.

- Los requisitos para la celebración del matrimonio en la legislación colombiana, mantiene una relativa similitud con nuestro Código Civil:

Artículo 126:

El matrimonio se celebrará ante el juez del distrito de la vecindad, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados.

c. LEGISLACION CHILENA:

Se establece en el artículo 102 del Código Civil de Chile:

El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.

Así también señala que el matrimonio puede ser celebrado por mandatario, en el siguiente artículo:

Artículo 103:

El matrimonio podrá celebrarse por mandatario especialmente facultado para este efecto.

El mandato deberá otorgarse por escritura pública, e indicar el nombre, apellido, profesión y domicilio de los contrayentes y del mandatario.

- En cuanto a la capacidad para contraer matrimonio establece en su artículo 105:

“Los que hayan cumplido dieciocho años no estarán obligados a obtener el consentimiento de persona alguna.”

d. LEGISLACION ECUATORIANA:

En la legislación colombiana podremos apreciar que también se establece una definición de matrimonio, señalando lo siguiente en su Código Civil de Ecuador:

Artículo 81:

Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Apreciándose que la definición que señala el Código Civil ecuatoriano es similar a la legislación Colombiana y Chilena.

Asimismo el artículo 37 de la Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 señala:

“El Estado protegerá el matrimonio, el que debe fundarse en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.”

SUB CAPÍTULO III: DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO

1. UBICACIÓN

El Código Civil norma la separación de cuerpos en el Capítulo Primero (Separación de cuerpos) del título IV (Decaimiento y disolución del vínculo) de la Sección Segunda (Sociedad conyugal) del Libro III (Derecho de Familia) en los artículos 332 al 347.

2. CONCEPTO

El Código Civil en su artículo 332 prescribe: La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Manuel Alexis BERMUDEZ TAPIA señala que: “La separación de cuerpos es definida por la doctrina como una “separación temporal” que puede ser provocada por la decisión autónoma de las partes que conforman un matrimonio o por una decisión judicial”⁸³.

Asimismo el autor precitado refiere que: “La separación de cuerpos no necesariamente provoca un divorcio ulterior, por cuanto en determinados casos el Juez puede determinar esta condición a efectos de que los cónyuges encuentren un estadio que les permita reflexionar sobre la continuidad de su matrimonio, si es que no han existido causas graves que pudieren afectar el futuro de la comunidad matrimonial”⁸⁴.

Según Azula CAMACHO “La pretensión de separación de cuerpos no entraña la disolución del vínculo matrimonial, sino que se limita a permitir que los cónyuges puedan vivir independientemente, por lo cual subsisten entre ellos algunos deberes y obligaciones”⁸⁵.

⁸³ BERMUDEZ TAPIA, Manuel Alexis. “Divorcio y Separación de Cuerpos”. Editorial Grijley. Primera edición. Lima – Perú. p. 11.

⁸⁴ *Ibidem*. p. 12.

⁸⁵ Citado por GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. “Manual de Derecho de Familia”. Jurista Editores. Enero 2014. Lima – Perú. p. 179.

BOSSERT y ZANNONI estiman que "...la separación de cuerpos, o separación personal de los cónyuges, no disuelve el vínculo matrimonial: se limita a hacer cesar el deber de cohabitación -aun cuando, lógicamente, produzca otros efectos, que derivan de la separación misma- y, por lo tanto, no restituye la aptitud nupcial de los cónyuges separados"⁸⁶.

AZPIRI sostiene que "... la separación personal, también denominada divorcio no vincular, implica la ruptura matrimonial, decretada por sentencia judicial, sin disolución del vínculo. Lo dicho significa que este último se mantiene, pero se extingue el deber de convivencia, se disuelve el régimen de bienes del matrimonio y de los restantes efectos de las nupcias sufren una modificación sustancial, que varían de acuerdo con cada ordenamiento legal..."⁸⁷.

DE RUGGIERO considera que la separación personal (o separación de cuerpos) es "... una suspensión (temporal o permanente) de las principales manifestaciones del matrimonio –la convivencia, la asistencia mutua...- sin que cese o se extinga el vínculo conyugal y con posibles repercusiones en las relaciones patrimoniales si acompaña a ella la separación de bienes..."⁸⁸.

La separación de cuerpos por tanto es la vida independiente que cada cónyuge realiza subsistiendo algunos deberes y derecho, pero no disuelve el vínculo matrimonial.

3. DIFERENCIA DEL DECAIMIENTO DEL VÍNCULO CON EL DIVORCIO

Según Manuel ALEXIS BERMUDEZ TAPIA⁸⁹ señala:

Si bien la naturaleza puede hacerlas equivalente, las consecuencias entre ambas se traducen en los siguientes términos:

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Ibídem. p. 180.

⁸⁹ BERMUDEZ TAPIA, Manuel Alexis. Obra citada. p. 13.

a) Respeto a la continuidad del matrimonio

En la separación de cuerpos, el matrimonio continúa cesando solo algunas obligaciones; en cambio en el divorcio se produce la disolución del vínculo conyugal.

b) El cese de derecho y obligaciones entre los cónyuges

En la separación de cuerpos cesan los deberes y derechos de cohabitación y de asistencia mutua, permaneciendo las demás obligaciones morales y jurídicas entre los cónyuges; en el divorcio cesan todos los derechos y deberes generados por el vínculo matrimonial.

c) Los derechos de los progenitores respecto a los hijos

Las circunstancias que involucran a los progenitores, no los deben afectar respecto a los derechos que estos tienen frente a los hijos.

d) La habitación para acceder a un nuevo matrimonio

Precedentemente solo con el divorcio, dado que en el proceso de separación de cuerpos al permanecer el vínculo matrimonial, dicha condición es excluyente de la habitación para acceder a un nuevo matrimonio.

En la eventualidad se haya decretado un divorcio a los ex cónyuges optan por una reconciliación, esta tendrá efectos personales y no jurídicos debiendo las partes contraer un segundo matrimonio, el que les otorgará los mismos derechos y obligaciones, pero que los plazos y condiciones pueden ser diferentes a las del primer compromiso matrimonial.

e) Respeto los derechos sucesorios

Declarando y consumado el divorcio no existen derechos sucesorios entre quienes conformaron una comunidad matrimonial; situación contraria a la de una separación de cuerpos, por cuanto al subsistir el vínculo se generan derechos sucesorios entre los cónyuges al fallecimiento de uno de ellos.

Como lo ha detallado el autor citado, la separación de cuerpos solo cesan algunos deberes, tales como el lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales dejando subsistente el vínculo matrimonial, mientras que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial.

4. CAUSALES DE SEPARACIÓN DE CUERPOS

ALBALADEJO afirma que: “las causas de separación legal (o separación de cuerpos) son de estos dos tipos:

- a) Una, que consiste en la cesación de la convivencia conyugal de cierta duración y, además de determinadas circunstancias, que por el solo hecho de darse permite pedir la separación a uno y otro cónyuge, es decir, a cualquiera de ambos que la desee.

(...) El cese de la convivencia conyugal que permite pedir la separación legal, debe de ser ininterrumpido.

(...)

- b) Otras, que consisten en hechos que, imputables o al menos acaecidos a un cónyuge, permiten pedir a separación sólo al otro que los padece”⁹⁰

Las causales de separación de cuerpos son de dos tipos, aquellos que se solicita la separación por alguna imputación de alguno de los cónyuges y la voluntad de separarse.

5. CARACTERES DE LAS CAUSALES CULPABLES DE SEPARACION PERSONAL (O SEPARACION DE CUERPOS)

LOGAMARSINO y URUARTE⁹¹ aseveran que son los siguientes:

- a) **Taxatividad:** Las causales culpables que se invocan para la obtención de la sentencia de separación personal deben estar expresamente contempladas en la enumeración legal (...).
- b) **Gravedad:** La cesación de la cohabitación como efecto principal de la separación personal, reviste una entidad tal como para que el

⁹⁰ Citado por GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. Obra citada. p. 180.

⁹¹ Ídem

legislador exija que las conductas ilícitas que justifican el amparo legal importen graves violaciones a los deberes recíprocos impuestos a los cónyuges (...). La petición de la cosa demandada debe residir en la concurrencia de hechos que hagan materialmente peligrosa o moralmente imposible la vida en común.

c) Imputabilidad:(...) La separación personal se decreta en función de las conductas culpables de los cónyuges, siendo de aplicación el principio de la responsabilidad de cualquiera de los esposos por la comisión de los hechos configurativos de las causales y, por ende, la imputabilidad de quien resulte acreditado como autor consciente de los mismos (...).

(...)

d) Invocabilidad: El agravio o la injuria que dan contenido a las conductas ilícitas (...) únicamente pueden ser invocadas por el cónyuge ofendido, contra el ofensor. En caso de que ambos esposos hubieran incurrido en alguna violación de los deberes conyugales, su alegación puede estar a cargo de cualquiera de ellos, no existiendo en el supuesto compensación de culpas ni impedimento alguno para que los dos sean declarados culpables (...).

e) No se excluyen entre sí: El juez interviniente en el proceso de separación personal deberá apreciar las causales invocadas en la demanda o en la reconvencción (...), sin que se interprete que la inclusión de una causal importa la exclusión de las demás (...).

(...)

c) Acreditación probatoria: El progreso de la acción de separación personal por vía contenciosa requiere la prueba de la existencia de las causales atribuidas, haciendo que los hechos que fundaren la demanda o la reconvencción de separación personal deban ser acreditados mediante toda clase de pruebas (...).

d) Referirse a hechos posteriores al matrimonio: La separación personal fundada en las denominadas 'causales culpables' constituye una sanción por el incumplimiento de los deberes matrimoniales en los que ha incurrido el cónyuge culpable. Es explicable, entonces, que los hechos invocados en la pretensión

sean posteriores a la celebración del matrimonio, no obstante que los ejecutados con anterioridad a las nupcias puedan ser ponderados como antecedentes directos o indirectos de otros realizados durante la vida matrimonial.

Los caracteres de la separación de cuerpos lo que busca exclusivamente es la separación definitiva de uno de los cónyuges mediante sentencia firme con la finalidad de poder divorciarse en un futuro invocando alguna de las causales de separación de cuerpo, las que veremos a continuación.

6. CAUSALES DE SEPARACIÓN DE CUERPOS

De acuerdo a lo normado en el artículo 333 del Código Civil, son causales de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los

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

13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

En la presente investigación abordaremos la casual de Separación de Hecho, debido a que es una de las últimas causales de divorcio incluidas en el Código Civil peruano y es la causal que más se invoca para demandar el divorcio, teniéndose en cuenta que esta causal es muy utilizada por los demandantes fundamentando su pretensión en hecho propio; dando como resultado que el Estado da pie a que los divorcios sean constantes, no cumpliendo su rol Constitucional.

7. SISTEMAS LEGISLATIVOS DE SEPARACION PERSONAL Y DIVORCIO VINCULAR

El maestro PLÁCIDO VILCACHAGUA señala que: “una revisión al Derecho comparado permite apreciar lo siguiente:

- a)** Los sistemas que admiten el divorcio no consideran más que el matrimonio civil; pero entre los que admiten la forma religiosa, o bien admiten el divorcio en relación con todo matrimonio canónico o civil (como en Italia); o bien se limita la posibilidad del divorcio a los que lo celebren en forma civil, rechazándolo para lo que contraigan matrimonio canónico (como Portugal).
- b)** En cuando a la más o menos amplia intervención de la voluntad de los cónyuges, cabe distinguir:
 - 1.** Sistemas que admiten el divorcio por mutuo acuerdo de ambos cónyuges (como en Bélgica, Alemania, Francia o Portugal).
 - 2.** Sistemas que admiten, además del mutuo acuerdo de los cónyuges, la existencia de una causa estimada legalmente como justificada del divorcio. A su vez, esa causa puede estar enunciada legalmente (como en Francia, Bélgica, Suiza o Alemania), o se puede confiar al juez su apreciación, debiendo este indagar si resulta imposible la continuación de la vida conyugal (como Rusia o Polonia).

3. Sistemas que dan especial relieve a la separación judicial como fase previa a la sentencia de divorcio, pudiendo obtenerse fácilmente si la situación de separación se ha prolongado durante cierto tiempo (como Alemania, Bélgica o Francia).
4. Sistemas que ponen un límite a la declaración judicial de divorcio si este ocasiona perjuicio a los hijos menores (países socialistas)".⁹²

El divorcio al ser un problema social, lo encontramos en diferentes partes del mundo, ya que los países antes mencionados tienen incorporado en su legislación las formas de divorcio, que va desde la voluntad de las partes y la invocación de alguna causal de divorcio.

⁹² PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil". Editorial El Búho. Gaceta Jurídica S.A. octubre 2008. Lima – Perú. p. 17

SUB CAPÍTULO IV: DIVORCIO

1. UBICACIÓN

El divorcio está normado en el Capítulo Segundo (Divorcio) del Título IV (decaimiento y disolución del vínculo) de la sección segunda (Sociedad conyugal) del libro III (derecho de Familia) del Código Civil, en los artículos 348 al 360.

2. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

DIAZ VALDIVIA y ZANABRIA OJEDA explican que: “En principio, en la esfera del Derecho, el matrimonio válidamente celebrado, se disuelve, total y definitivamente, como consecuencia de dos causales:

- a) **La muerte de uno de los cónyuges:** La muerte de uno de los cónyuges provoca la ruptura absoluta del vínculo del matrimonio. El solo hecho de la muerte produce la disolución, sin necesidad de declaración o inscripción de ninguna especie.

- b) **El divorcio:** En el derecho comparado se reconoce o acepta al divorcio como una causa de disolución del vínculo matrimonial. Pero se trata de una causal legal, admitida y regulada por la norma positiva, cuyos hechos determinantes, o causales, deben acreditarse plenamente en un proceso judicial especial, como culminación del cual el Juez debe declararlo expresamente. (...) el divorcio genera la disolución del matrimonio, al que se le conoce como la denominación de divorcio absoluto para diferenciarse del divorcio relativo o separación de cuerpos⁹³.

Las únicas maneras de que el matrimonio se disuelva son de las siguientes maneras: por muerte de uno de los cónyuges y el divorcio, el cual se deberá iniciar un proceso judicial a fin de que el órgano jurisdiccional declare disuelto el vínculo matrimonial.

⁹³ Ídem. p. 185.

3. ETIMOLOGÍA

DIAZ VALDIVIA y ZANABRIA OJEDA establece que: “La palabra divorcio es de origen latino, proviene del vocablo *divortium* que a su vez se deriva del verbo *di vertere* que significa separarse “irse cada uno por su lado” de ahí que en derecho romano se dijera *divorsumperdivorsum*, que quiere decir “cada uno por su lado”. Luego, *divortium* equivale a separación, de allí se explica que algunos autores, y muchas legislaciones, denominan divorcio tanto al divorcio vincular como a la separación de cuerpos. En todo caso se trata de una institución muy antigua. Siendo de presumir que surgió correlativamente con el matrimonio”⁹⁴.

Asimismo el maestro Javier PERALTA ANDÍA señala que: “La palabra divorcio, etimológicamente deriva del término latino *divortium*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado. Otros, aseveran a su vez que procede de *divorto* o *divertís* que equivale a separarse, disgregarse.”⁹⁵

4. ADVERTENCIA

Según Javier PERALTA ANDIA señala que: “El matrimonio es una institución de notable importancia para la sociedad, ya que garantiza en cierta forma la estabilidad y permanencia de la familia, particularmente de la pareja. El divorcio, en cambio, es la figura del casamiento que persigue destruir el lazo conyugal. Así, el divorcio plantea uno de los problemas más graves de la sociedad actual, porque su proliferación en el mundo entero parece convertirlo en un fenómeno normal, pues hoy, hombres y mujeres se divorcian con la misma naturalidad con que se casan. Los jóvenes en países divorcistas contraen nupcias tan desaprensivamente ya que están convencidos que ante el fracaso, podrán remediarlo, divorciándose.”⁹⁶

El matrimonio al ser el inicio de la familia matrimonial y así el núcleo fundamental de la sociedad, se ve afectada por el divorcio, problema social

⁹⁴ Citado por DIAZ VALDIVIA Héctor y ZANABRIA OJEDA Rina. Obra citada. p. 186.

⁹⁵ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Obra Citada. p. 254

⁹⁶ Ibidem. p. 253.

que creen que ante cualquier conflicto la única solución será el divorcio, todo ello al incremento de las causales de divorcio que cada vez son más flexibles y toman al matrimonio de manera aventurada.

5. HISTORIA DEL DIVORCIO EN EL PERÚ

María Cristina CHIABRA VALERA indica que: “En el Perú colonial tuvo vigencia y validez el matrimonio religioso bajo las reglas del Derecho Canónico, lo que subsistió en el Perú republicano en 1852, con la promulgación del primer Código Civil, no obstante ser este una fiel traducción del Código de Napoleón. Dicho cuerpo de leyes definía el matrimonio como “La unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer la vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana”; reconociéndole plena validez a matrimonio canónico conforme a las disposiciones del Concilio de Trento –tal como, por lo demás, venía ocurriendo desde casi cuatro siglos antes, a raíz de la colonización- con el púnico requisito de que fuese inscrito en los Registros de Estado Civil”⁹⁷.

6. ANTECEDENTES

El maestro PERALTA ANDIA indica que: “El origen del divorcio se remonta a los más lejanos tiempos. Su forma primitiva fue el repudio concedido generalmente a favor del marido y para los casos en que la mujer se embriagase, castigara a los animales domésticos (...). Así aparece en las antiguas legislaciones de China, Persia, e inclusive Roma (...)”⁹⁸.

Asimismo el mismo autor señala que: “En el Derecho se admitió el divorcio, tanto para el matrimonio de patricios (ceremonia religiosa llamada *confarreatio*) como para los plebeyos (convención civil denominada *coemptio*), en el primer caso, a través de una ceremonia denominada

⁹⁷ CHIABRA VALERA, María Cristina. “El Divorcio en la legislación Doctrina y Jurisprudencia – Causales, proceso y garantías”. Gaceta Civil y Procesal Civil. Editorial El Búho. Primera Edición Setiembre 2013. Lima – Perú. p. 111.

⁹⁸ Idem.

disfarreatio, en la que – entre otras particularidades – se hacía un pastel de harina con hiel, el que se cortaba y se arrojaba al río Tíber (...)”⁹⁹.

7. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En el Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú se explica los antecedentes legislativos del divorcio, indicando lo siguiente: “El Código Civil Peruano de 1852 no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos:

Art. 191.- Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial

Era el art. 192 el que expresaba taxativamente las trece causales, por las cuales podía obtenerse este divorcio-separación, a saber:

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

Este Código, como es de verse, reflejaba la posición de los cuerpos legales que lo habían inspirado, el Derecho Español y Canónico, que consagraban el

⁹⁹ Idem.

matrimonio religioso con carácter monogámico e indisoluble, sustentándose por ello una actitud plenamente antidivorcista.

Posteriormente, en diciembre de 1897, se establece el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquellos que no profesaran la religión católica pudieran contraer matrimonio, sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio de Trento.

Es en este siglo, en 1930 y mediante los Decretos Leyes No. 6889 y 6890 del 4 y 8 de octubre de ese año, que se establece el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la República, introduciéndose además el divorcio absoluto en nuestra legislación, lo que significó para entonces la asunción de una alternativa legal de "avanzada", que generó e incluso sigue generando de alguna manera más de una discusión.

El 22 de mayo de 1934, se promulgó la Ley No. 7894, por la cual el mutuo disenso fue comprendido como una causal más de divorcio.

Mientras tanto, durante esos años, la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el Proyecto de lo que sería el C.C. de 1936. Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio vincular; todo lo contrario, sustentaron una tesis negadora de él. Sin embargo, en junio de 1936 el Congreso Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincula contenían las Leyes 7893 y 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.

Como puede apreciarse, el Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo prepararon, pero presente por imposición del Ejecutivo de ese momento; admitía el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el art. 247 inc. lo al 9" de carácter específico, aunque además consentía el mutuo disenso (10") como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión a divorcio.

El Decreto Supremo No.95 del 1° de marzo de 1965, estableció la Comisión que se encargaría del estudio y revisión de aquel Código. El Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien tuvo a su cargo la elaboración del Anteproyecto del Libro de Familia, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la que no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances.”¹⁰⁰

8. ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

En el Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú se indica lo siguiente: “Nuestro Código Civil, mantiene la línea divorcista del Código precedente, no introduce modificaciones sustanciales, algunos aspectos se han flexibilizado con las modificaciones realizadas por la Comisión Revisora encargada de aprobar el Proyecto del Código.

Situación distinta es la planteada por las normas de Derecho Internacional Privado sobre divorcio, cuyas innovaciones legales serán motivo de comentario posterior.

Respecto a la receptividad de la institución por nuestro sistema jurídico, hemos de mencionar que el Código Procesal Civil ha introducido modificaciones en el procedimiento, que favorecen las acciones convencionales, las que actualmente son más expeditivas.

Por el contrario, las de causal específica se encuentran sujetas al proceso de conocimiento, el más lato del sistema procesal, en comparación con el anterior régimen que establecía las reglas del juicio de menor cuantía para su trámite.

Parecería, por los cambios operados, que el sistema procura favorecer los casos de disolución del matrimonio a través de la vía convencional,

¹⁰⁰ Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. “Divorcio en la Legislación Nacional”. Disponible en el Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú << http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/7137/divorcio_jurisprudencia_cap_01.pdf?sequence=7>> Fecha de Consulta: 20 de Febrero de 2017.

dificultándose aún más el tradicional camino del divorcio sanción, consagrado desde antaño por la legislación nacional.”¹⁰¹

9. LA LEY DE DIVORCIO EN EL PERÚ

El doctor Collins SALVADOR BEJARANO señala que: “El procedimiento de Divorcio en el Perú se regula, dependiendo de la vía a seguir para su reconocimiento, a través de dos instrumentos legales: La Ley 29227, que regula el Procedimiento No Contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías (Comúnmente conocido como Divorcio Rápido); y el Código Civil, que regula el Procedimiento Contencioso en los artículos de 348° al 360°, en concordancia con el Artículo 333°, que señala las causales que hacen factible que se pueda recurrir a esta vía”¹⁰².

El Perú no es ajeno al problema social del divorcio debido que en nuestro ordenamiento tenemos dos procedimientos, contencioso y no contencioso; el primero hace referencia a la invocación de las causales prescritas en el artículo 333 de Código Civil para solicitar el divorcio, mientras que el segundo hace referencia a un procedimiento llevado en las municipalidades o notarías, la finalidad de ambos procedimientos dan por disuelto al vínculo matrimonial.

Asimismo SALVADOR BEJARANO indica que: “A través de la Ley 29227, vigente desde el año 2008, se pretende dotar al ordenamiento jurídico y a la sociedad peruana, de una alternativa frente al regular procedimiento judicial de Divorcio (engorroso, costoso y lento) cuando exista de por medio el común acuerdo de los cónyuges para poner fin al vínculo matrimonial, siempre que hayan transcurrido más de dos años desde la celebración del Matrimonio”¹⁰³.

¹⁰¹ Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. “Divorcio en la Legislación Nacional”. Disponible en el Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú << http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/7137/divorcio_jurisprudencia_cap01.pdf?sequence=7>> Fecha de Consulta: 20 de Febrero de 2017.

¹⁰² SALVADOR BEJARANO, Collins. “El Divorcio en el Perú – Tipos de Divorcios, Ley, Requisitos y Trámites. Alojado en la página web de la Corporación Peruana de Abogados. Disponible en << <http://www.divorciosporinternet.com/divorcio-en-peru>>> Fecha de Consulta 27 de febrero de 2017.

¹⁰³ Ídem.

Es el Estado a través de los legisladores quienes introducen más causales de divorcio sin tener en cuenta que van en contra de la protección de la familia, ya que al introducir nuevos procedimientos de divorcio, son más las familias que se desintegran.

SALVADOR BEJARANO refiere que: “La ley condiciona el procedimiento, además, 1) a que la pareja no tenga, en el momento de solicitar el Divorcio, hijos menores de edad o mayores con discapacidad; salvo que, de tenerlos, se haya determinado con anterioridad los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas; por medio de conciliación o sentencia judicial firme. 2) a que los cónyuges carezcan de bienes sujetos a Sociedad de Gananciales; o si los hubiera, que exista escritura pública de Sustitución o Liquidación de Régimen Patrimonial, inscrita en los registros públicos. Es así, que por medio de la Ley 29227, las Municipalidades acreditadas por el Ministerio de Justicia y las Notarías, quedan facultadas para emitir correspondientemente, resoluciones o actas que declaren, tanto la Separación Convencional, como el Divorcio Ulterior de los cónyuges solicitantes en un plazo total que no supera los tres meses; constituyendo la rapidez con la que se otorga, su mayor ventaja”¹⁰⁴.

Si bien es cierto la ley trata de proteger por un lado a la familia, estableciendo ciertas condiciones para la solicitud de divorcio, sin embargo, las condiciones mencionadas son mínimas, convirtiendo al divorcio de manera flexible dando pie a la vulnerabilidad de protección a la familia.

SALVADOR BEJARANO señala que: “(...), en lo que respecta al Procedimiento de Divorcio por Causal que se tramita en vía Judicial –cuando no existe intención recíproca de divorcio entre ambos cónyuges–; éste queda regulado por las disposiciones contenidas en el Código Civil. Así, el artículo 349, nos remite a las causales por las que puede demandarse el divorcio, señaladas en los incisos del 1 al 12 del artículo 333°; los mismos que deberán ser acreditados por medios probatorios convincentes”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Ídem

¹⁰⁵ Ídem

Efectivamente, cuando no exista la voluntad de ambas partes de poder solicitar el divorcio, lo puede hacer cualquier cónyuge invocando las causales del artículo 333 (incisos 1 al 12), los que requieren medios probatorios.

El doctor Collins SALVADOR BEJARANO menciona que: “(...) de la jurisprudencia se desprende como principal causa de Divorcio por vía judicial, el de Separación de Hecho (“Art. 33° 12; Separación de hecho de los cónyuges por un periodo ininterrumpido de dos años” o “cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad”), puesto que en la práctica es la que resulta menos complicada de probar. Salvo la causal mencionada, ninguna de las demás expuestas en el Código Civil podrá ser invocada, por el demandante, a consecuencia de un hecho propio”¹⁰⁶.

La causal de separación de hecho al ser incluida en nuestro ordenamiento jurídico, permite que el vínculo matrimonial se disuelva más rápido debido a que es la causal menos complicada de probar, asimismo es la única que puede fundarse en hecho propio, convirtiéndose en una causal de divorcio flexible.

SALVADOR BEJARANO refiere que: “Si bien, desde el inicio del procedimiento, existe una alta probabilidad de que el matrimonio quede disuelto por la sentencia; la duración del proceso, en tanto se tramita en vía de conocimiento, puede fluctuar entre los dos años aproximadamente. Queda señalar que dependerá de las circunstancias de cada caso, la elección por una de las dos vías que ofrece el ordenamiento jurídico peruano para la tramitación del Divorcio. Ello no solo determinará los plazos, sino también los costos, costas y demás atenciones que rodean un procedimiento”.¹⁰⁷

Al ser la causal de separación de hecho la que requiere menor probanza, al iniciarse el procedimiento ya se tiene un visión de que el vínculo matrimonial quedará disuelto, haciendo que la causal de separación de hecho atente contra la protección a la familia.

¹⁰⁶ Ídem

¹⁰⁷ Ídem

10. CONCEPTO

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial.

Hernán LARRAIN RIOS señala que: “El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos cónyuges, o sea es la disolución absoluta, plena, duradera del vínculo del matrimonio, pudiendo, por tanto, ambos cónyuges contraer nuevas nupcias”¹⁰⁸.

PLANIOL y RIPERT: “El divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido”¹⁰⁹.

COLIN y CAPITANT: “El divorcio es la disolución del matrimonio viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por ley”¹¹⁰.

Arnaldo ESTRADA CRUZ señala que: “Puede decirse que el divorcio es la disolución legal y judicial del matrimonio, con carácter definitivo”¹¹¹.

En tal sentido, Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN nos dicen que: “El divorcio es una decisión del estado dictada e sus tribunales, previa acción y proceso contradictorio, dado que no puede existir un derecho individual y libérrimo de la persona a la recuperación de su libertad, pues ello sería semejante a los repudios: tampoco es posible un divorcio por decisión unilateral, es necesario apoyarse en una causa legítima tipificada en base a ello, se ha señalado a nivel jurisprudencial que “El divorcio consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en algún de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial”¹¹².

¹⁰⁸ Citado por DIAZ VALDIVIA Héctor y ZANABRIA OJEDA Rina. Obra citada. p. 187.

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Citado por CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Obra citada. p.15.

BOSSERT y ZANNONI aseveran que: “Se denomina divorcio vincular (...) a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. El divorcio constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges, sin perjuicio de la validez y subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada...”¹¹³.

Carmen Julia CABELLO MATAMALA refiere que: “Por el divorcio, a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Procede por las causales expresamente establecidas en la ley, debiendo los hechos que la constituyen ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio, ya que, como lo distingue el maestro Planiol de lo que se trata es de la disolución de un matrimonio válido, en caso contrario, estaríamos incurso en otra institución: la invalidez matrimonial. El divorcio al igual que la separación de cuerpos, debe ser declarado judicialmente; a modo de excepción, algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa, es el caso de los divorcios convencionales declarados en el Japón por los Municipios locales.”¹¹⁴

Por tanto el divorcio es fin del matrimonio con carácter definitivo, debido a que uno de los cónyuges al demandar el divorcio y esta se declara fundada se disuelve el vínculo matrimonial mediante sentencia judicial.

11. FACTORES QUE JUEGAN EN EL DIVORCIO

María Teresa CORNEJO FAVA indica que: “(...) <<El fenómeno matrimonial>> tienen un papel preponderante tres factores: (a) la naturaleza, que busca a través de dicho fenómeno la conservación de la especie. Efectivamente, desde el punto de vista natural el matrimonio tienen como una de sus finalidades la procreación y la supervivencia de la prole; (b) el interés

¹¹³ Citado por GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. Obra citada. p. 243.

¹¹⁴ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. Divorcio ¿Remedio en el Perú?. Disponible en <<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6528/6609>>> Fecha de Consulta: 01 de febrero de 2017.

público o social: la sociedad es orden, y el orden significa el control de las relaciones humanas, la firmeza de las instituciones y la nitidez de los derechos y deberes. (...) no se puede ser indiferente a la colectividad la forma en que se cumple el fin de la procreación. Siendo esto así, surge la superioridad social del matrimonio sobre la unión libre y promiscua; de la monogamia sobre la poligamia; y de la indestructibilidad del vínculo matrimonial sobre su indisolubilidad; (c) finalmente, al individuo le interesa hallar la felicidad en el estado matrimonial”¹¹⁵.

El doctor Héctor CORNEJO CHAVEZ, se pronuncia respecto a los tres factores mencionados señalando: “Todo el problema del divorcio vincular se reduce a saber si éste, al servir la finalidad del interés privado, contraría o no a la naturaleza y al interés social”¹¹⁶.

El divorcio al ser un problema social, afecta a muchas familias sobre todo afectando el núcleo fundamental de la sociedad, por tal motivo las parejas deben de consolidarse en matrimonio, ya que de esa manera le dan solidez a la familia, al ser su inicio formal.

12. TEORIAS SOBRE EL DIVORCIO

Según el doctor Manuel MIRANDA CANALES: “Existen dos teorías sobre el divorcio:

- a) **Divorcio Sanción:** Es aquella que manifiesta que ante el fracaso matrimonial se busca al responsable de este fracaso, quien es sancionado por la ley. Dentro de la teoría del divorcio sanción, se establecen causales específicas y taxativas; todas ellas describiendo inconductas.

- b) **Divorcio Remedio:** No se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente en el que se incumple los deberes conyugales, aquí no interesa buscar al que provoco la situación, sino solucionarla.”¹¹⁷

¹¹⁵ TERESA CORNEJO, María Teresa. Obra Citada. p. 875.

¹¹⁶ Citado por TERESA CORNEJO, María Teresa. Obra citada. p. 876.

¹¹⁷ MIRANDA CANALES, Manuel. “Nuevas causales de la Separación de Cuerpos y del Divorcio incorporados por la Ley 27495” [En línea]. Disponible en la página web del Poder Judicial del Perú

Asimismo los maestros BAUTISTA TOMÁ y HERRERO PONS indican que. “Las causales inculpatorias de divorcio son aquellas que se pueden imputar a uno de los cónyuges. Por ejemplo, el adulterio, la servicia, el abandono injustificado del hogar conyugal, etc. Estas causas inculpatorias son las que ameritan el denominado divorcio – sanción. Las causales no inculpatorias, por el contrario, son aquellas en donde media el mutuo acuerdo de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial y originan el denominado divorcio – remedio. Las causales inculpatorias y no inculpatorias del divorcio no eximen de todos los deberes provenientes del matrimonio.”¹¹⁸

Por tanto decimos que nuestro Código Civil de 1984, tiene dos perspectivas en cuanto al divorcio, divorcio sancionador, lo cuales se encuentran en los incisos 1 al 7 y del inciso 10 del artículo 333; y son divorcio remedio los incisos 8, 9, 11 y con la introducción de la Ley 27495 de julio del dos mil uno, también lo es el inciso 12 del artículo citado precedentemente.

13. EL DIVORCIO SANCION, DIVORCIO QUIEBRA Y DIVORCIO REMEDIO FRENTE AL DIVORCIO INCAUSADO

El divorcio sanción se conceptúa, según Javier PERALTA ANDIA como: “el castigo que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio, fundándose en el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales imputables a uno o ambos cónyuges”¹¹⁹.

A fin de invocar el divorcio, lo debe de hacer el cónyuge agraviado, y así castigar al cónyuge culpable, por su conducta antijurídica y violatoria de los deberes conyugales, nuestro Código Civil castiga al cónyuge culpable con la pérdida de gananciales, pérdida de derecho alimentario, sin embargo el divorcio incausado es el otro extremo del divorcio sanción ya que basta que uno de los cónyuges decida disolver el matrimonio sin buscar al cónyuge culpable o inocente.

<<http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C403_nuevas_causales_separacion_cuepos_210208.pdf>> fecha de Consulta: 27 de setiembre del 2016

¹¹⁸ BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Obra citada. p. 216

¹¹⁹ Citado por CALISAYA MÁRQUEZ, Ángel A. “El Divorcio en la legislación Doctrina y Jurisprudencia – Causales, proceso y garantías”. Gaceta Civil y Procesal Civil. Editorial El Búho. Primera Edición Setiembre 2013. Lima – Perú. p. 365

Como divorcio remedio tenemos los establecidos en el artículo 333, incisos 8, 9, y los introducidos al ordenamiento jurídico mediante la Ley N° 27495, la causal de la imposibilidad de hacer vida en común y la causal objetiva de separación de hecho.

14. SISTEMA DIVORCISTA PERUANO

Carmen CABELLO MATAMALA nos dice que: “El Código Civil de 1984, mantuvo el sistema de divorcio restringido de la legislación civil precedente, si bien optaba por un sistema mixto al admitir el divorcio remedio a través de la separación convencional como precedente para el divorcio, las causales establecidas eran en su mayoría de carácter culposo, inculpatorio, que tenían como fundamento el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, de ahí, era clara su comprensión sancionadora no sólo para la determinación de la declaración de disolución del vínculo matrimonial, sino también para la regulación de los efectos personales, paterno filiales y patrimoniales del divorcio”¹²⁰.

El divorcio sanción no solo busca la disolución del vínculo matrimonial, ya que buscaba la regulación paterno filiales, patrimoniales y personales.

CABELLO MATAMALA nos refiere que: “Mediante la Ley N° 27495 del 7 de julio de 2001 se incorporan las modificaciones sustanciales al sistema, precisando algunos cambios en las causales ya existentes, pero sobre todo al introducir dos causales de divorcio, las previstas en el numeral 11 y 12° del Art. 333° del Código Civil, esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial”¹²¹.

Con la Ley N° 27495 se incorporan dos causales de divorcio remedio, ya que daba la posibilidad de que los cónyuges puedan recurrir al órgano

¹²⁰ CABELLO MATAALA, Carmen Julia. “Divorcio ¿Remedio en el Perú? Obra citada. Fecha de consulta: 01 de marzo de 2017.

¹²¹ Ídem.

jurisdiccional a fin de disolver el vínculo matrimonial, sin embargo la causal de separación de hecho a ser una causal de divorcio remedio, también es divorcio flexible ya que cualquiera de los cónyuges, agraviado o culpable, puede invocar dicha causal es decir que en la causal de separación de hecho se puede fundar la demanda en hecho propio.

CABELLO MATAMALA nos refiere que: “Se trata de dos causales que en términos teóricos y legislativos generales son propios del sistema divorcio remedio, en su modalidad de causal objetiva la primera y de causal genérica de divorcio quiebre la segunda. Cabe señalar que si bien, el carácter mixto de nuestro sistema, evidentemente se ha flexibilizado facilitando los divorcios, la gran pregunta a plantearse es si la actual legislación, tal y como su mixtura la presenta permite su comprensión tendiente al divorcio remedio pleno, conduciéndonos a puntos cercanos al otro extremo del péndulo divorcista”¹²².

Nuestro sistema admite dos tipos de divorcio, remedio y culpable, sin embargo nuestros legisladores procuran incluir más causales de divorcio, flexibilizando el quebrantamiento el vínculo matrimonial y a desunión de la familia, no observando que la Constitución Política del Perú protege a la familia y promueve el matrimonio.

CABELLO MATAMALA nos señala que: “Preliminarmente pensamos que ello es discutible, máxime si el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales, adicionando las ya mencionadas y ha regulado de manera reparatoria los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo. Al respecto, el análisis de la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal como causal inculpatoria genérica o como causal quiebre de sistemas divorcistas remedio, será materia de la comprensión que de ella haga la judicatura, a quien le corresponderá fijar los criterios y alcances para su configuración, así como de la propia causal de separación de hecho, cuya objetividad se proclama, pero cuyo requisito de admisibilidad, supuesto de improcedencia y eventual exigencia de probanza por sus efectos también patrimoniales, la dificultarían desde una perspectiva facilista del divorcio”¹²³.

¹²² Ídem.

¹²³ Ídem.

Nuestro legisladores han conservado las causales subjetivas pero actualmente se refleja que dichas causales no se invocan y es la última causal de divorcio, separación de hecho, que hace que las familias rompan sus vínculos matrimoniales, no protegiendo a la familia.

CABELLO MATAMALA nos enseña que: “Reflexiones como las precedentes motivan algunos cuestionamientos respecto a la aplicación de las novísimas modificaciones al régimen legal de divorcio, y si éstas efectivamente van a conducir en nuestra realidad a una apertura indiscriminada de la institución, posesionándose los dos nuevos supuestos del «mercado de causales» desplazando en la práctica a las causales tradicionales, incluyendo a la convención entre los cónyuges, de ocurrir ello éstas podrían en su conjunto ir progresivamente quedando rezagadas a su mera mención legal.”¹²⁴

Es cierto que nuestra legislación al introducir las dos últimas causales de divorcio, separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, sobre todo la primera, se verifica que es una causal de divorcio flexible ya que puede ser invocado por cualquiera de los cónyuges y puede ser fundada en hecho propio.

15. DIVORCIO POR CAUSAL

CASTILLO FREYRE y TORRES MALDONADO señalan que: “Las causales son conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal. Es todo acto u omisión imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto matrimonial, permitiendo al cónyuge inocente utilizarla como sustento para requerir la disolución del vínculo matrimonial. Las causales o causas por las cuales un juzgado puede otorgar un divorcio, se denominan comúnmente las “causales” para el divorcio, que, grosso modo, no son más que presupuestos de hecho, cuya verificación el ordenamiento jurídico vinculará con un determinado efecto jurídico, esto es, el cese del matrimonial”¹²⁵.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Obra citada. p.17.

Alex PLACIDO VILCACHAGUA refiere que: “Para determinar el concepto de causa de separación personal o divorcio vincular es necesario delimitar las nociones de hecho y causa. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que la causa de separación personal o de divorcio vincular, jurídicamente relevante, no es sino el marbete o etiqueta destinada a colocarse sobre cierto tipo de acciones perturbadoras del orden conyugal”¹²⁶.

En el mismo sentido Mario CASTILLO FREYRE y Marco TORRES MALDONADO nos enseñan que: “Toda causal de divorcio involucra un hecho antijurídico, en tanto importa la violación de deberes emergentes del matrimonio, dando lugar a una sanción civil que se expresa mediante un divorcio. Las causas del divorcio son, claro está, posteriores a la celebración del matrimonio y siempre han estado específicamente determinadas; por ello se le denominan divorcio causal o necesario. El sistema jurídico solo considera que son causas de divorcio las que por su gravedad impiden la convivencia normal de ambos cónyuges”¹²⁷.

El doctor Collins SALVADOR BEJARANO indica que el divorcio por causal: “Es la disolución del vínculo matrimonial solicitada por uno de los cónyuges fundada en diversas causas establecidas en la ley denominadas causales de divorcio, que implican la violación de los deberes conyugales por parte de uno de los cónyuges lo que hace insostenible o inconveniente el sostenimiento de la vida en común. Este tipo de divorcio se tramita exclusivamente en la vía judicial y es conocido también como divorcio sin acuerdo pues es la única opción cuando el otro cónyuge no acepta el divorcio o porque se desconoce el paradero del otro cónyuge. La ley establece que conjuntamente con el pedido de divorcio deberá acompañarse también los pedidos de alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad si los hubiera así como de la separación de bienes adquiridos durante el matrimonio, pues el juez deberá resolverlos conjuntamente con el divorcio.”¹²⁸

¹²⁶ Citado por CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Obra citada. p.17.

¹²⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Obra citada. p.18.

¹²⁸ SALVADOR BEJARANO, Collins. Obra citada. Fecha de Consulta 27 de febrero de 2017

Como lo han mencionado Mario Castillo Freyre y Marco Torres Maldonado que las causales son conductas antijurídicas que atentan contra la paz conyugal, debido a que las causales de divorcio desintegran la unión familiar y es más va en contra del artículo 4 de la Constitución Política, no cumpliendo el rol constitucional de la protección a la familia.

16. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO

Yolanda VASQUEZ GARCIA¹²⁹ refiere que: “las consecuencias jurídicas que ocasiona el divorcio a los esposos son las siguientes:

- a)** Disolución del vínculo matrimonial: Se trata del efecto que reviste la mayor gravedad, porque el divorcio destruye definitivamente el nexo conyugal, en tal forma, que los ex - consortes pueden contraer matrimonio con tercera, persona entre sí mismos. Se advierte que la ruptura definitiva del vínculo matrimonial no opera retroactivamente, sino para el futuro.

- b)** Obligación alimentara de los ex cónyuges: Por regla general, con el divorcio cesa la obligación alimentaria entre los esposos; no obstante ésta subsiste en los casos que estipula el art. 350 del C.C.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

Con el divorcio sanción nuestra legislación castiga al cónyuge culpable con la perdida de gananciales, perdida de pensión alimenticia.

También el indigente debe ser socorrido por su ex – cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

¹²⁹ Citado por BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Obra citada. p. 217.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente, si el alimentista contrae nuevas nupcias.

Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración, y en su caso, el reembolso.

- c)** Por mandato de la ley, el juez puede conceder al cónyuge inocente una suma de dinero a título de reparación moral si ha resultado seriamente afectado en sus bienes extra-patrimoniales como el honor, el prestigio, consideración social, etc., particularmente si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge.

- d)** Se trata de que el cónyuge divorciado por su culpa pierde los gananciales que proceden de los bienes del otro cónyuge, desde la fecha en que se realizó el hecho ilícito que le es imputado y que determinó el divorcio, pero debe entenderse que conservará su derecho en lo demás. Este efecto opera sin necesidad que lo declare el órgano jurisdiccional de modo expreso.

- e)** La pérdida de los derechos hereditarios es otro de los efectos, que produce el divorcio que afectan tanto al cónyuge culpable como al inocente; consiste en que los cónyuges pierden el derecho de heredarse entre sí, lo que opera de pleno derecho, porque no es necesario que lo declare el órgano jurisdiccional.
Se funda en el hecho de que la vocación hereditaria nace del parentesco o del matrimonio pero el divorcio lo destruye definitivamente.”

Gabriel GARCÍA CANTERO dice que: “En un legislación regida por el principio de indisolubilidad, la decisión de casarse debe ser fruto de madura reflexión, pues el matrimonio es para toda la vida, sean cuales fueren las vicisitudes que sufran las relaciones entre los cónyuges. El bien de los hijos, el de los propios cónyuges, el de la familia en general y el de la sociedad exigen el mantenimiento de aquel principio. (...) La introducción del divorcio supone un cambio trascendental en la vida de una comunidad. Sus efectos

institucionales afectan al último fundamento de la familia (...) Sólo la indisolubilidad asegura plenamente la estabilidad y firmeza de la familia.”¹³⁰

Contraer matrimonio significa asumir una gran responsabilidad, por tal motivo el matrimonio debe de perdurar en el tiempo, superando las dificultades, y no permitir que el divorcio sea la salida más fácil al fracaso matrimonial.

17. DIVORCIO Y RELACION PATERNO – FILIAL

Rafael NAVARRO VALLS nos explica que: “La posición que el individuo ocupa en la familia como hijo - creadora de un auténtico status, el de filiación – alcanza un definido valor y significado jurídicos en cuanto que la ley vincula a él una serie de derechos y deberes. Entre tales derechos, todas las legislaciones incluyen los derivados de la patria potestad que, obviamente, crea el correlativo deber de convivencia por parte de los padres, ya que, legislativamente, se entiende que tal convivencia es absolutamente necesaria para el desarrollo armónico de la personalidad de los hijos”.¹³¹

CORNEJO FAVA indica que: “La situación en que queda la prole constituye el problema más grave, por lo que la ley debe considerar este aspecto con mayor interés.”¹³²

Así lo señala el doctor CORNEJO CHAVEZ quien añade que: “Ninguna previsión legal puede eliminar las consecuencias morales y materiales que el divorcio acarrea a los hijos pero que una cuidadosa regulación de la potestad que los padres hayan de ejercer sobre ellos puede ciertamente aminorarlas.”¹³³

Una de las consecuencias del divorcio es el rompimiento de los lazos paterno filial, si bien es cierto nuestro Código Civil regula la situación de los alimentos, régimen de visitas pero no prevé que al incrementarse las causales de

¹³⁰ Citado por CORNEJO FAVA, María Teresa. Obra citada. p. 892.

¹³¹ CORNEJO FAVA, María Teresa. Obra Citada. p. 891.

¹³² *Ibíd.* p. 906.

¹³³ Citado por CORNEJO FAVA, María Teresa. Obra Citada. p. 906.

divorcio se vulnera la protección familiar y en la sociedad se observan hijos sin apoyo moral de sus progenitores.

18. EL DIVORCIO COMO DISOLUCION DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: LA GÉNESIS DE UNA REALIDAD

El matrimonio surge como voluntad de las parejas que van a contraerlo, sin embargo esto implica una responsabilidad que debe de asumir para su vida, ya que al contraer matrimonio se da inicio a una familia, que debe de superar los obstáculos y sea un buen ejemplo en la sociedad ya que son el núcleo fundamental de la misma.

CASTILLO FREYRE y TORRES MALDONADO refieren que: “El divorcio es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges”¹³⁴.

El divorcio al ser una creación de derecho, pertenece al derecho positivo, sin embargo el matrimonio pertenece al derecho natural, ya que el hombre desea formar una familia, desea estar al lado de una pareja, por tal motivo se debe de promocionar el matrimonio y sea esta el inicio formal de la familia.

19. ¿DERECHO AL DIVORCIO?

Rafael NAVARRO VALLS: “Se plantea el tema de que si existe un derecho al divorcio: una facultad para disolver la relación jurídica conyugal que la propia naturaleza de las cosas haya conferido al hombre en su dimensión jurídica”¹³⁵.

Como ya lo hemos mencionado el divorcio es una creación del hombre, y muchas veces esas creaciones se da por intereses sociales, ya que nuestra Constitución protege a la familia y promociona el matrimonio, por lo tanto

¹³⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. Obra citada. p. 13.

¹³⁵ Citado por CORNEJO FAVA, María Teresa. Obra Citada. p. 887.

estaremos frente a una familia matrimonial, y que si vínculo no debe de disolverse.

Asimismo NAVARRO VALLS señala que: “de atenerse a los datos de hecho que proporciona el Derecho comparado, la respuesta se presentaría inicialmente como afirmativa en razón del alto número de sistemas jurídicos que admiten el divorcio y que, sin embargo, un análisis más detenido de la cuestión también en el plano de los hecho, pone en entredicho esta conclusión, a la que califica de apresurada”¹³⁶.

Son todos los países que tienen regulado el divorcio en sus legislaciones sin embargo, no es el divorcio la única salida a un problema familiar, muchas veces sucede eso, ya que es el Estado a través de sus legisladores, encargado de crear políticas sociales a fin de que la persona tome conciencia y responsabilidad de los actos que asume.

Rafael NAVARRO VALLS refiere que: (...) un análisis de la normativa jurídica de los sistemas que regulan el divorcio lleva a la conclusión inevitable de que también los países divorcistas son, en realidad, antidivorcistas: es decir que ninguna legislación establece como norma la generalísima de permitir el divorcio sin restricciones: todas las legislaciones, ya se mueven en la órbita del divorcio sanción o en la órbita del divorcio remedio establecen una serie de supuestos explícitamente normados que permiten iniciar un proceso de divorcio que eventualmente desemboque en la disolución de un matrimonio”¹³⁷.

Efectivamente todas las legislaciones consideradas “divorcistas” son “antidivorcistas”, sobre todo nuestra legislación ya que en la normal suprema del Estado, se protege a la familia y promueve el matrimonio, familia matrimonial, y como ya lo hemos mencionado el divorcio es una creación del derecho, propuesta legislativa que ha sido aceptada por mayoría sin embargo para que no todo es tan fácil, se proponen determinados requisitos para que se pueda disolver el vínculo matrimonial.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ídem.

Por tal motivo es el sistema que no permite que las familias matrimoniales disuelvan su vínculo matrimonial de manera sencilla, sino que se requiere unas determinadas pruebas y consideramos que nuestra legislación tiene un pensamiento antidivorcista pero es el interés de un grupo que decide incrementar las causales de divorcio, cada vez más flexibles.

NAVARRO VALLS indica: "(...) Que si fuera exacto que existe un derecho al divorcio, catalogable entre los otros derechos fundamentales de la persona humana, el divorcio debería ser concedido ilimitadamente, es decir sin ninguna restricción y no sólo por mutuo consentimiento de los cónyuges, sino también por simple voluntad de uno solo; y que la realidad es bien diversa porque ninguna legislación ha llevado a sus consecuencias últimas lo que debería ser el corolario natural de la existencia de un hipotético derecho de la persona humana al divorcio, esto es la disolución ad libitum de vínculo matrimonial. Indica que puede concluirse que en el plano de la conciencia jurídica de esta segunda mitad del siglo XX es arriesgado afirmar que un presunto derecho al divorcio sea sentido como "derecho de libertad", lo que se confirma aún más cuando al repasar los derechos catalogados como universales en la Declaración de la Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 no aparece entre ellos el derecho al divorcio"¹³⁸.

Realmente existe un derecho al divorcio, desde el punto de vista legislativo, al parecer no lo existe porque para invocar alguna causal necesariamente hay que probarlo, y si existiera un derecho al divorcio bastaría la sola voluntad de cualquier cónyuge de ya no continuar con el matrimonio y romper los lazos, pero es nuestra legislación quien protege la familia, pero dicha protección debe darse de manera más rígida y no introducir causales de divorcio flexibles.

20. EL DIVORCIO EN EL PERÚ Y ESPAÑA

Ángel A. CALISAYA MÁRQUEZ refiere que: "La rama del Derecho peruano referida a la familia es una de las ramas más conservadoras, tal vez ello se

¹³⁸ Ídem.

deba a la naturaleza tan delicada de los temas que constituyen su substancia. Pero por ser como es, conservadora y delicada, es la rama que mayor revisión merece”¹³⁹.

El divorcio en nuestra legislación está regulada por el Código Civil y es en esta materia que ha cambiado durante los últimos años, así como aumentando las causales de divorcio como la última modificación del artículo 333 del Código Civil, la cual introduce la causal de separación de hecho asimismo se aprecia con la revisión de expedientes que es la causal con mayor incidencia.

El autor antes mencionado señala que: “El régimen de divorcio en el Perú hoy casi no funciona (salvo por el divorcio consensual o separación de hecho y divorcio ulterior). En efecto, España hoy tiene lo que en doctrina se denomina el divorcio incausado, un divorcio en el que no hay que alegar causa alguna para obtener el divorcio. (...) La voluntad de uno de los cónyuges (o de ambos) tienen el poder de disolver el vínculo matrimonial”¹⁴⁰:

No existiría divorcio, sino fuera por la causal de separación de hecho, ya que en el Perú el divorcio no funciona porque las otras 10 causales de divorcio no so invocadas, por tal motivo es la causal de separación de hecho que motiva que el cónyuge culpable pueda fundar su demanda en hecho propio contraviniendo con la norma suprema del Estado.

21. RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN PERÚ Y ESPAÑA

Ángel A. CALISAYA MÁRQUEZ señala que: “Se comparará el divorcio causado (donde es necesario expresión de causa ante un tribunal) predominante en la República del Perú; con el divorcio incausado (en los que basta la petición de uno de los cónyuges o de ambos para que se decrete el

¹³⁹ CALISAYA MÁRQUEZ, Ángel A. “El Divorcio en la legislación Doctrina y Jurisprudencia – Causales, proceso y garantías”. Gaceta Civil y Procesal Civil. Editorial El Búho. Primera Edición Setiembre 2013. Lima – Perú. p. 357.

¹⁴⁰ Ibidem. 358.

divorcio, sin necesidad de acreditar ni invocar causa alguna) predominante en el Reino de España”¹⁴¹.

Atendiendo a lo mencionado por el doctor Ángel Calisaya Márquez, hace una diferencia entre el divorcio causado y el divorcio incausado, se debe de tener en cuenta que para el primero es necesario probar que uno de los cónyuges haya incurrido en una de las causales de divorcio recurriendo al órgano jurisdiccional para que se disuelva el vínculo matrimonial, en cuanto al divorcio incausado solo basta la voluntad de una o de ambos cónyuges para que se disuelva el vínculo matrimonial, frente a este último divorcio mantenemos la postura que no se debe de legislar el divorcio incausado parcialmente en el Perú debido a que para contraer matrimonio se necesita la voluntad de un varón y una mujer y por tal motivo de manera unilateral no se puede dar fin al vínculo matrimonial.

Asimismo señala el autor citado anteriormente nos menciona que: “A pesar de que en apariencia ambos sistemas se encuentran totalmente separados, es necesario hacer notar que el sistema peruano no es un sistema puro, sino que más bien resulta un sistema complejo en el cual hay notas de divorcio causado (sanción y remedio) como divorcio incausado”¹⁴².

No le falta razón al autor citado al mencionar que los sistemas de divorcio causado y el incausado se encuentran separados, ya que en la legislación peruana encontramos en el artículo 333 del Código Civil las casuales de divorcio y la última modificación dada mediante la Ley N° 27495, por otro lado se tiene la Ley N° 29227 que regula la separación convencional y divorcio ulterior la que está considerada dentro de la clase de divorcio incausado (es decir la voluntad de ambos cónyuges para que se disuelva el vínculo matrimonial) por tanto se confirma que en nuestra legislación no se encuentra un sistema puro de divorcio causado, sin embargo no se puede admitir un divorcio incausado en nuestra legislación ya que no se estaría dando protección a la familia y al matrimonio, debido que en el artículo 4 de la Constitución Política que: “... y las causas de separación y de disolución son

¹⁴¹ Ídem. p. 360.

¹⁴² Ídem.

reguladas por la ley” por tanto al introducir el divorcio incausado en nuestra legislación contravendría la norma suprema ya que solo se admite un divorcio por causa, asimismo cabe mencionar que no se cumple con el rol constitucional de protección a la familia debido al incremento de las formas de divorcio en nuestra legislación.

El Código Civil español en su artículo 85 nos indica cuáles son los supuesto de disolución del matrimonio: “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o por el divorcio”; asimismo tenemos que el legislador peruano indica en el artículo 348 del Código Civil lo siguiente: “El divorcio disuelve el vínculo matrimonial”.

Se puede apreciar que el legislador peruano no detalla como el legislador español como se disuelve el vínculo matrimonial, sin embargo ambos legisladores coinciden en que el matrimonio se disuelve por el divorcio.

Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI refiere que: “(...) La indisolubilidad del matrimonio no ha de ser entendida como un regla general pues la unión conyugal puede debilitarse y dejar de cumplir sus fines. A punto tal que resulte más perjudicial estar unidos que separados. Con esta premisa el Derecho creó el divorcio (acto del hombre) que, conjuntamente con la muerte (acto de Dios), constituyen un medio para poner fin al matrimonio”¹⁴³.

Se aprecia que el divorcio es una creación del hombre e introducción a la legislación por el mismo a fin de que se disuelva el vínculo matrimonial, sin embargo el legislador no ha tenido y no tiene en cuenta que el matrimonio y la familia son reconocidos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (Artículo 4 de la Constitución Política del Perú), por tanto tendría cabida que el matrimonio al ser un instituto natural no sea disuelto por el hombre.

¹⁴³ Citado por CALISAYA MÁRQUEZ, Ángel A. Obra Citada. p. 361.

22. EL RÉGIMEN DE DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY N° 27495

22.1. LA SEPARACIÓN O DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL

El maestro Alex PLACIDO VILCACHAGUA indica que: “La concepción tradicional de la separación (o divorcio), basada en la culpabilidad de un cónyuge y la inocencia del otro, implica lógicamente la existencia de unas causas legales justificativas de la petición unilateral de la separación. La separación (o el divorcio) comparte una sanción para el culpable incurso en la causal legal, sanción que repercute en los efectos personales y patrimoniales de la separación que son diferentes para el inocente y para el culpable. Este esquema legal es compatible, como se ha expuesto, con la separación convencional o por mutuo acuerdo. Los sistemas legislativos que admite la separación de cuerpos (o el divorcio) por voluntad unilateral alegando causa legal, consideran la existencia de causas subjetivas (el cese de la vida común) que pueden ser invocadas en la demanda.”¹⁴⁴

Para que pueda darse cese a la vida matrimonial era necesario que se invocara una causal de divorcio.

22.1.1. LAS CAUSAS INCULPATORIAS

PLÁCIDO VILCACHAGUA indica que: “El artículo 333 del Código Civil señala las causales inculpatorias que permiten a un cónyuge demandar al otro la separación de cuerpos o el divorcio. Las causales específicamente enunciadas en el artículo 333 del Código Civil, no son sino diversos actos que representaban injurias de un cónyuge al otro, en tanto los afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de deberes morales y materiales que impone el matrimonio. Bien podría haberse reducido, como causa subjetiva, la enumeración del

¹⁴⁴ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Divorcio. Primera edición – Octubre 2001. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. p. 52.

artículo 333 del Código Civil a la injuria grave, o, lo que sería más acertado, haberse acudido a una fórmula enunciativa general, referida a la violación grave o reiterada de los deberes que derivan del matrimonio, tal como algunas legislaciones lo hacen actualmente, sin incurrir en una enunciación como la de nuestro artículo 333”¹⁴⁵.

En el artículo 333 del Código Civil encontramos causales de divorcio sanción, el cual funcionaba invocando una causal de divorcio imputándose a algún cónyuge (cónyuge culpable).

22.1.2. EL ABANDONO INJUSTIFICADO DEL DOMICILIO CONYUGAL

Alex PLÁCIDO nos enseña que: “El artículo 333, inciso 5°, del Código Civil, establece que es causal para demandar la separación de cuerpos o el divorcio, el abandono injustificado de la casa conyugal. Esta causal está referida al incumplimiento, sin causa justa, del deber de cohabitación. Para su configuración el demandante deberá actuar: a) La prueba de la existencia domicilio conyugal constituido; y, b) La prueba del alejamiento unilateral del domicilio conyugal constituido, por un período mayor a dos años continuos o alternados; resultando necesario, además de invocar no haber dado motivos para ese alejamiento unilateral, acreditar el cumplimiento de los deberes – derechos paterno – filiales para con los hijos. Por su parte el demandado deberá acreditar las causas que justifican su alejamiento, como podrían ser los supuestos de cese de la cohabitación por razones ajenas a su voluntad.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ *Ibíd.* p. 55.

¹⁴⁶ *Ibíd.* p. 62

Consistía en el alejamiento, la falta de cohabitación, de alguno de los cónyuges, sin motivo alguno, lo cual vulneraba la protección a la familia.

22.1.3. LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN PERSONAL

PLACIDO VILCACHAGUA señala que: “Los efectos de la separación de cuerpos pueden ser distinguidos respecto de los que se refieren a los cónyuges, y los que se aluden a la situación de los hijos. Con relación a los cónyuges, la separación de cuerpos determina la suspensión de los deberes de cohabitación y de débito conyugal; origina el fenecimiento y la liquidación de la sociedad de gananciales y la entrada en vigencia ipso iure del régimen de separación de patrimonios; la fijación de una pensión de alimentos recíproca, si fuere el caso; y, la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge culpable de la separación respecto del cónyuge inocente, quien la conserva”¹⁴⁷.

La separación de cuerpos suspendía algunos deberes y derechos, sin embargo subsistía el vínculo matrimonial.

22.1.4. LA RECONCILIACIÓN CONYUGAL

Alex PLACIDO VILCACHAGUA refiere que: “La reconciliación no es solo el perdón de la ofensa. Consiste en la reanudación de la vida común entre los cónyuges, lo que se aprecia en el cumplimiento de los deberes conyugales. Los efectos de la reconciliación conyugal produce frente a la separación personal deben distinguirse si aquella se genera durante el proceso o después de él. Si ocurre durante el proceso, determina su conclusión sin declaración sobre el fondo, al establecer la ley que el conflicto de interés deja de ser un caso justiciable (...). En general, por la

¹⁴⁷ *Ibíd.* 69

reconciliación cesan los efectos de la separación de cuerpos; restituyéndose el estado normal del matrimonio”¹⁴⁸.

El divorcio no es la única solución a algún problema familias, ya que se debe de perdonar, buscar la reconciliación conyugal, para lo cual esto reanuda la vida matrimonial.

23. EL REGIMEN DE DECAIMIENTO Y DISOLUCION DEL MATRIMONIO DESPUES DE LA VIGENCA DE LA LEY N° 27495

23.1. LOS SISTEMAS LEGALES DEL DIVORCIO

Alex PLÁCIDO V. indica que: “es importante recordar brevemente las características de los sistemas legales sobre el divorcio. Al respecto, el sistema tradicional de causas subjetivas que implican culpabilidad de uno de los cónyuges, o incluso de ambos, contempla la existencia de causas legales de inculpación y la imposibilidad de fundamentar la demanda en el hecho propio. El divorcio comprarte una sanción para el culpable incurso en la causal legal, sanción que repercute en los efectos personales y patrimoniales del divorcio, que son diferentes para el inocente y para el culpable. Este es el sistema del “divorcio – sanción” o sistema subjetivo.”¹⁴⁹

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 27495 se da inicio a una nueva forma de causal de divorcio ya que con la causal de separación de hecho, cualquier cónyuge puede invocar dicha causal, sin importar si el cónyuge culpable o inocente, es decir que el cónyuge culpable funda su demanda en hecho propio.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 71.

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 93.

23.2. LA INCORPORACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

Alex PLÁCIDO VILCACHAGUA señala que: “Otra modificación notoria es la referida a la causal de separación de hecho. en efecto, el artículo 2 de la Ley N° 27495 ha introducido el inciso 12° del artículo 333 del Código Civil con el siguiente tenor: “La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335”¹⁵⁰.

Si bien es cierto nuestro Código Civil al incorporar la causal de separación de hecho, propone determinados requisitos para que se pueda invocar la causal de separación de hecho, eso no quita que dicha causal sea flexible ya que no se da una protección rígida a la familia.

24. NOTA DE LA CONFEDERACION CATÓLICA DE PADRES DE FAMILIA:

La Confederación Católica de padres de familia presenta la siguiente nota:

“El matrimonio es un acto de amor generoso y fecunda; el divorcio es un acto de egoísmo individualista y estéril. El divorcio no es signo de progreso de la civilización, sino un signo de decadencia y de retroceso, porque es una prueba de desconfianza en la madurez de los hombres y de las mujeres para aceptar libremente y cumplir fielmente un pacto de amor recíproco y perpetuo. La libertad no es la ausencia de vínculos y de obligaciones; el acto supremo de la libertad es el de aceptar compromisos que nos vinculen para siempre. Nadie es más libre que aquel que sabe hacer de su libertad un don de amor a otra persona para toda la vida.”¹⁵¹

Nuestra legislación no debe ser ajena a la situación que ocurre con las familias matrimoniales, su misión es proteger a la familia y no dar soluciones como el

¹⁵⁰ Ibidem. p. 91.

¹⁵¹ Citado por CORNEJO FAVA, María Teresa. Obra Citada. p. 888.

divorcio sino ayudar en la creación de políticas sociales a fin de mantener unida a la familia.

25. REGULACION DEL DIVORCIO EN LA LEGISLACION COMPARADA

25.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El divorcio se encuentra regulado en el Capítulo VIII (de la disolución), Título IV (del Matrimonio), del Libro Primero de las Personas:

Artículo 85

El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Artículo 86

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, la petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

Artículo 88

La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

Artículo 89

La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

25.2. LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El artículo 106 del Código Civil de Ecuador define al divorcio de la siguiente manera:

Artículo 106:

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge.

- Asimismo señala que son causales de divorcio lo siguiente:

Artículo 110:

Son causas de divorcio:

1a.- El adulterio de uno de los cónyuges;

2a.- Sevicia;

3a.- Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;

4a.- Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;

5a.- Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;

6a.- El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;

7a.- Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;

8a.- El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;

9a.- El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano;

10a.- La condena ejecutoriada a reclusión mayor; y,

11a.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.

Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

En lo que fuere aplicable, las causas previstas en este artículo, serán apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.

El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11a. de este artículo.

25.3. LEGISLACIÓN ARGENTINA

El Código Civil de Argentina refiere acerca del divorcio:

Artículo 213

El vínculo matrimonial se disuelve:

1° Por la muerte de uno de los esposos;

2° Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento;

3° Por sentencia de divorcio vincular.

Artículo 214

Son causas de divorcio vincular:

1° Las establecidas en el artículo 202;

2° La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

Artículo 215

Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236.

Artículo 216

El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.

Artículo 217

La sentencia de divorcio vincular producirá los mismos efectos establecidos para la separación personal en los artículos 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 212.

Los cónyuges recuperarán su aptitud nupcial y cesará la vocación hereditaria recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 3.574, último párrafo.

Artículo 218

La prestación alimentaria y el derecho de asistencia previsto en los artículos 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriese en injurias graves contra el otro cónyuge.

SUB CAPÍTULO V: CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

1. ANTECEDENTES

El doctor Manuel MIRANDA CANALES nos enseña que: “La Causal de Separación de Hecho como causal de separación de cuerpos legal o de divorcio, en nuestra patria se remonta al año 1931; posteriormente fue aprobada en el Cámara de Diputados; pero, no fue aprobada en la Cámara de Senadores. Igualmente en los últimos años no fue aprobada por el discutido anterior régimen y tampoco no fue promulgada por el señor Ex Presidente Constitucional de la República Dr. Valentín Paniagua Corazao, motivo por el cual el Congreso de la República ordenó su publicación y cumplimiento”¹⁵².

Ana Victoria SUÁREZ FARFÁN señala que: “Pasaron aproximadamente veinte años y diversos proyectos de Ley para que la causal de separación de hecho pasara a formar parte de nuestra estructura taxativa de causales de divorcio. La mayoría de esas propuestas tenían como fundamento la ausencia de elementos básicos de un matrimonio, como la vida en común que se ve representada en el alejamiento de las partes por razones que no sería necesario exponer en la demanda de divorcio. Además de ello, fue necesario poner fin a situación de facto irregulares (uniones de hecho impropias) que no sólo afectarían a las partes involucradas, sino a terceros en relación a una serie de actos contractuales que incluyen en el ámbito patrimonial de la comunidad conyugal”¹⁵³.

La causal de separación de hecho fue la que más tiempo demoró en publicarse, debido a los acontecimientos ya expuestos, por los autores anteriores.

¹⁵² MIRANDA CANALES, Manuel. Obra citada. Fecha de Consulta 17 de febrero de 2017.

¹⁵³ SUAREZ FARFAN, Ana Victoria. “¡Divorciarme! ¿Por la Causal de Separación o Abandono de Hecho? Una Aproximación a la Incompatibilidad Normativa Generada por la Causal de Separación de Hecho Introducida a Nuestra Lista Taxativa de Causales de Divorcio” [En línea]. Disponible en la página web Derecho Virtual <<<http://derechovirtual.com/index.php?id=59> >> fecha de Consulta: 20 de febrero de 2017.

2. ANÁLISIS DE LA LEY 27495

2.1. LA SEPARACIÓN DE HECHO

Señala MIRANDA CANALES que: “Es la Constatación fehaciente que debe hacer el juzgador a fin de acreditar que los cónyuges han optado en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de la convivencia y de la vida en común. Esta causal (...) ha sido bastante discutida y es controvertida, tanto así que proyectos de ley, se presentaron en el último quinquenio (...) ante el Congreso de la República, el proyecto de Ley N° 1716/97-CR, presentado por el principal gestor de ley, el Congresista Daniel Estrada Pérez y el proyecto de ley N° 1792/96-CR, presentado también por el Congresista Dr. Roger Cáceres Velásquez (...)”¹⁵⁴.

El doctor MIRANDA CANALES señaló en la Comisión de la Mujer lo siguiente: “En años anteriores expresamos nuestra opinión en el sentido de que si bien esta causal debe incluirse debía ser solo para la separación de cuerpos legal, no directamente para el divorcio, y debería de transcurrir cinco años de separación de hecho, teniendo o no hijos, a fin de defender la estabilidad familiar (...)”¹⁵⁵.

El doctor Walter Jorge MENDIZABAL ANTICONA señala que: “La Ley N° 27495, vigente desde el 8 de julio de 2001, ha establecido por primera vez en el Perú una causal de divorcio que depende exclusivamente del cónyuge que quiere dar por terminado el matrimonio, a diferencia de las demás causales que dependen del incumplimiento de los deberes matrimoniales del otro cónyuge, permitiendo que por causa propia fenezca un matrimonio. Esta causal, consistente en la separación de hecho de los cónyuges por más de 2 años, cuando no hay hijos y más de 4 años cuando hay hijos menores; si bien es cierto soluciona los problemas de parejas que muchos años se encontraban separadas, incluso con nueva

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Idem.

pareja e hijos extramatrimoniales, también es cierto que facilita la rápida extinción de la unión matrimonial y en consecuencia, modifica sustancialmente la concepción del matrimonio, que ha dejado de ser una relación obligatoria en la que solo de mutuo acuerdo o por incumplimiento del otro contratante se resolvía, para dar paso a la nueva concepción que establece la resolución unilateral del matrimonio, desobligándose cualquiera de los esposos de motu proprio. La relación matrimonial no siempre fue así, en el pasado fue totalmente diferente, incluso la indisolubilidad era absoluta; salvo por muerte de uno de los cónyuges.”¹⁵⁶

La causal de separación de hecho, introducida en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2001, es una causal que permite que los cónyuges puedan divorciarse de manera más rápida, si bien es cierto la Ley 27495 que incorpora la causal de separación de hecho propone ciertos requisitos para que dicha causal sea invocada, pero tales requisitos son mínimos, y por tanto es una causal de divorcio flexible y no da una rígida protección a la familia.

2.2. ANTES DE LA LEY 27495

Según Walter Jorge MENDIZABAL ANTICONA refiere que: “El Código Civil de 1852 establecía que el matrimonio era perpetuo e indisoluble y solo la muerte lo extinguía, acorde con la concepción católica del matrimonio. Sin embargo, los cónyuges podían separarse de cuerpo por determinadas causales, que contenían supuestos de incumplimiento de los deberes del matrimonio por parte del otro cónyuge, cuya probanza era difícil. La separación judicialmente declarada ponía término a los deberes conyugales, en cuanto al lecho y habitación, y disolvía la sociedad legal de bienes (artículo 208); empero, subsistía el vínculo matrimonial, que impedía que los separados contrajeran nuevas nupcias”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ MENDIZABAL ANTICONA, Walter Jorge. “Separación de Hecho. Ley 27495”. Alojado en el Blog Derecho de Familia. Disponible en << <http://derechofamiliadued10.blogspot.pe/2012/04/separacion-de-hecho-ley-27495.html>>> Fecha de consulta: 19 de febrero de 2017.

¹⁵⁷ Ídem.

Walter Jorge MENDIZABAL ANTICONA indica que: “El Código Civil de 1936, a diferencia del anterior, reconoció el divorcio absoluto, es decir, la disolución del vínculo matrimonial y la posibilidad de contraer nuevas nupcias; así como introdujo el mutuo disenso como causa de separación de cuerpos (divorcio relativo), después de transcurridos 2 años de la celebración del matrimonio (artículo 270, inciso 2) y ulterior divorcio absoluto al año de declarada judicialmente la separación de cuerpos”¹⁵⁸.

MENDIZABAL ANTICONA nos enseña que: “Este régimen, a semejanza del anterior, preveía causales referidas al incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte del otro cónyuge, estando prohibido fundar la acción de divorcio en hecho propio (artículo 249). Sin embargo, el reconocimiento del divorcio absoluto y el mutuo disenso como causal de separación de cuerpos y ulterior divorcio absoluto, cambió la anterior concepción del matrimonio, separándose de la concepción católica de la indisolubilidad que imperó en el anterior régimen e incorporando la concepción contractualista del matrimonio, expresada en la extinción matrimonial por mutuo acuerdo de una relación creada también de igual manera. El Código Civil de 1984, sin cambio alguno, en su texto original reprodujo el régimen anterior.”¹⁵⁹

Existían causales de divorcio, pero eran difíciles de probar, por lo que existían menos divorcios, y los matrimonios no quebraban tan fácilmente, como lo es ahora con la causal de separación de hecho.

2.3. CAMBIO DEL RÉGIMEN IMPERANTE

MENDIZABAL ANTICONA señala que: “La dificultad de la probanza de la causa ajena para demandar el divorcio absoluto, produjo que muchas parejas se separaran y vivieran

¹⁵⁸ Ídem.

¹⁵⁹ Ídem.

informalmente divorciadas, llegando a establecer nuevas relaciones convivenciales, en muchos casos, denominadas en ese entonces, como adulterinas, con hijos que no eran reconocidos para evitar la denuncia por el delito de adulterio (mientras existió); y, un régimen de bienes distorsionado que atribuía la propiedad a nombre exclusivo del o la conviviente, para evitar hacer partícipe en el dominio a la esposa "legal", lo que en varios casos, llevó a actos abusivos de aprovechamiento y disposición por parte del o la nueva "consorte". Se presentaron muchos proyectos de ley para incorporar la separación de hecho como causal de divorcio, a fin de dar solución a los múltiples problemas surgidos a consecuencia de las uniones de hecho impropias (por tener impedimento), con la férrea oposición de los sectores antidivorcistas.”¹⁶⁰

La causal de divorcio, por separación de hecho permite una solución dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero por otro lado no puede permitirse que nuestra legislación sea permisiva y se permita que se quiebren los matrimonios.

2.4. EL NUEVO RÉGIMEN

MENDIZABAL ANTICONA nos enseña que: “El nuevo régimen va a solucionar la situación de muchas parejas que informalmente viven como divorciadas, permitiendo formalizar las nuevas relaciones de convivencia impropias surgidas y, por ende, formalizar las relaciones que informalmente eran familiares. Desde la vigencia de la Ley N° 27495, en el Perú se ha flexibilizado la forma de extinguir una relación de pareja. Ahora prevalece la voluntad de cada uno de los esposos. Si uno de ellos no quiere continuar con el otro, simplemente se desobliga separándose de hecho del hogar por el plazo que la ley establece, configurando así el supuesto fáctico que exige la nueva ley. El único requisito exigido, además del tiempo transcurrido (4 años con hijos menores

¹⁶⁰ Idem.

y 2 sin ellos) es que el demandante esté al día en el pago de las pensiones alimenticias judicialmente ordenadas. La consecuencia prevista es el deber de indemnizar de quien ha promovido el divorcio, sin justa causa, a quien ha sido perjudicado”¹⁶¹.

MENDIZABAL ANTICONA nos indica que: “Durante los 2 siglos pasados, prevaleció la concepción del matrimonio como institución o contrato obligatorio, el mismo que solo podía extinguirse por mutuo acuerdo o por causa de incumplimiento de la otra parte; pero nunca, unilateralmente por causa propia. Ahora, el nuevo régimen ha cambiado la concepción institucionalista o contractualista, estableciendo la posibilidad de concluir la relación matrimonial en forma unilateral por causa propia; es decir, se ha suprimido el carácter de obligatoriedad que tiene todo contrato. Estamos pues, ante una nueva concepción del matrimonio. Sin querer tipificar o atribuir algún término o expresión a la nueva concepción, tenemos claro que ahora prima la voluntariedad en la continuación o no de la relación matrimonial. Si de verdad alguno de los cónyuges ya no quiere seguir unido a la vida del otro (en el nosotros) y desea recuperar su individualidad (cada uno), simplemente se retira del hogar y dejando pasar el tiempo, consigue el divorcio. Nadie ahora va a permanecer, sin su voluntad, vinculado al otro.”¹⁶²

Con la introducción de la causal de separación de hecho se permite una causal de divorcio flexible ya que permite que los cónyuges puedan divorciarse de manera más fácil y se puede fundar en hecho propio.

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² Ídem.

3. PROYECTO DE LEY SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO¹⁶³

El Congresista Daniel Estrada Pérez, que suscribe, miembro del Grupo Parlamentario de UNION POR EL PERU, en ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 107 de la Constitución Política, propone al Congreso de la República el siguiente Proyecto de Ley;

Considerando:

QUE, la Constitución Política establece en su artículo 4" que la forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley;

QUE, el matrimonio es la unión que voluntariamente establecen un varón y una mujer para fundar una familia y hacer vida común, generando entre ellos relaciones que los comprometen individual o conjuntamente, así como derechos y obligaciones del uno frente al otro y ante terceros o el Estado y en cuyo respeto y cumplimiento se basa la estabilidad y permanencia de la sociedad legal constituida;

QUE, de acuerdo a lo previsto en la Constitución Política, la comunidad y el Estado protegen la familia y promueven el matrimonio, por ser "institutos naturales y fundamentales de la sociedad" y, en consecuencia, es motivo de su interés la convivencia armónica entre los cónyuges, puesto que de ella depende el mantenimiento del vínculo legal. Por otro lado, hay previsión legal sustantiva y procesal para el caso contrario y otras cuestiones sobrevinientes, (separación de cuerpos y disolución del vínculo matrimonial), sin haberse comprendido dentro de las causales la separación de hecho, que viene a ser la ruptura de origen unilateral o de voluntad común de los cónyuges, de uno de los elementos constitutivos del matrimonio: la vida común;

QUE, la separación de hecho es el incumplimiento del deber de cohabitación de los cónyuges, que impone una situación ajena y contraria a las relaciones que crea el matrimonio y que surge y se mantiene sin intervención jurisdiccional y sin voluntad de concluir la;

QUE, así como la separación convencional es causa de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 333, inciso 11 del Código Civil, debe serlo también la separación de hecho ocurrida entre los cónyuges, sin que sea necesario expresar motivos, sino

¹⁶³ El texto que a continuación se presenta ha sido extraído de la página web del Congreso de la República del Perú, Sección Proyectos de Ley.

únicamente la probanza del paso del tiempo en tal situación, pues la separación de hecho es la más clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida común y, por tanto, el contrato legal que es el matrimonio civil, deviene inútil en algunos casos e inconveniente en otros, porque genera efectos jurídicos no deseados y más bien perjudiciales para marido o mujer o ambos;

QUE, la separación de hecho entre cónyuges, mantenida sin ánimo de reconstitución del estado normal de matrimonio, es una manifestación inequívoca de la ausencia de condiciones básicas para el funcionamiento de la institución familiar y, como tal, debe ser motivo suficiente para su disolución, legalizando, de este modo, el estado civil de los cónyuges a través de la devolución de su status real;

QUE, un lapso de dos años continuos de separación de hecho de los cónyuges, es tiempo suficiente para acreditar la carencia de ánimo para proseguir la vida matrimonial y, por el contrario, es evidencia del deseo implícito de ponerle fin, sin que ello pueda ocurrir actualmente por la falta de previsión legal, cuestión de necesaria regulación que a la fecha acarrea negativas y hasta absurdas consecuencias que van desde la mantención de estados matrimoniales no deseados y, por tanto, anormales, que ocasionan graves problemas para la determinación de vínculos de filiación y parentesco, hasta la creación de conflictos que pueden comprometer a los descendientes, cuando se trata de definir la propiedad de bienes adquiridos en matrimonio;

Por cuanto:

El Congreso de la República;

ha dado la ley siguiente:

ARTÍCULO 1.- Adiciónese un inciso al artículo 333 y modifíquese el texto de los artículos 335, 345, 349 y 354 del Código Civil, que quedarán redactados en la siguiente forma:

ARTÍCULO 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

12.- Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos.

ARTÍCULO 335.- Imprudencia de la acción por hecho propio.

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto cuando la acción invoca la causal prevista en el inciso 12 del artículo 333.

ARTÍCULO 345.- Patria potestad por separación convencional o por separación de hecho.

En caso de separación convencional o separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo y 341.

ARTÍCULO 349.- Causales

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 a 10 y 12.

ARTÍCULO 354.- Plazo de conversión

Transcurridos seis meses desde la notificación con la sentencia de separación convencional o de separación de hecho, a que se refieren los incisos 10 y 12, respectivamente, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

ARTÍCULO 2°.- Modifíquese el inciso 2° del artículo 546 y el artículo 573 del Código Procesal Civil, que quedarán redactados en los siguientes términos:

ARTÍCULO 546.- Procedencia

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

2.- Separación convencional, separación de hecho y divorcio ulterior.

ARTÍCULO 573.- Aplicación supletoria

La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con los incisos 11 y 12 del artículo 333 y el artículo 354 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

Lima, 7 de abril de 1999

Daniel Estrada Pérez (CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA)

a. EXPOSICION DE MOTIVOS

Ley que incorpora la separación de hecho como causal de divorcio.

1. El concepto del matrimonio está aceptado universalmente como la unión estable y voluntaria de un varón y una mujer. Sus propósitos, condiciones de mantención o de ruptura, obligaciones y derechos que nacen de él, etc. son materia de regulación legal en cada país. No existe ni puede existir uniformidad de criterio para establecer un único régimen jurídico del matrimonio y sus efectos, en razón que cada Estado otorga a este asunto el tratamiento que corresponde a sus particularidades sociales.

2. Un elemento que sí es indispensable para la celebración y la vigencia del matrimonio y que es aceptado y exigido por todos, es la voluntad de los cónyuges. La regla general es que la institución del matrimonio solamente es posible de constituir y mantener si, por parte del marido y la mujer, existe ánimo favorable para garantizar la vigencia de la relación y los efectos jurídicos que de ella se derivan. En el Perú, el Código Civil define el matrimonio como "la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común" (Art. 234). Igualmente, este mismo dispositivo establece que "el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales".

3. Uno de los deberes fundamentales de los cónyuges y que consigna la legislación nacional (Art. 289 del C.C.), es el de "hacer vida común en el domicilio conyugal". Para nuestro Código Civil, en la denominación vida común, están comprendidos los deberes relativos a la cohabitación bajo un mismo techo, que puede ser suspendido por mandato judicial "cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia". También, "en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales" (Art. 347 del C.C.). Significa, entonces, que la única posibilidad de impedir temporal o definitivamente la obligación de la cohabitación, proviene de la acción jurisdiccional por hechos ajenos, por lo general, a la voluntad y el control de los cónyuges.

4. La separación de hecho es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal, que se origina en la decisión de uno o los dos cónyuges, pero de manera voluntaria y con inequívocas demostraciones del deseo de mantener tal estado de anormalidad conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber libremente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, que, sin lugar a dudas, quiebra la institución matrimonial e impide su funcionamiento regular a través de la destrucción de las debidas relaciones que la ley establece y que los esposos se obligan a cumplir.

5. Nuestra legislación civil relativa al matrimonio consigna bajo el nombre de "Cohabitación", el deber que tienen los cónyuges de hacer vida común en el domicilio conyugal. Así aparece de lo establecido por el artículo 289 del Código Civil.

Consiguientemente, el concepto de cohabitación no está reducido a lo que antes se entendía como los "deberes de lecho", sino que comprende también los de habitación y en este entender, la noción de separación de hecho comprende el incumplimiento de ambas circunstancias; es decir, la renuncia, no interesan las motivaciones, a sostener el matrimonio dentro de los cánones legales aceptados común y libremente entre ellos, como su propio fundamento, el de la vida común en el domicilio conyugal.

6. Este acontecimiento, la separación de hecho, no está considerado en el ordenamiento legal de nuestro país, como motivo capaz de ocasionar el decaimiento o la disolución del vínculo matrimonial, pues no aparece consignado en los artículos 333 y 349 del Código Civil, el primero de los cuales enumera las causales de separación de cuerpos, con las que también, excepto la separación convencional, puede demandarse el divorcio. Estas causales son:

- El adulterio.
- la violencia, física o psicológica, que el juez preciará según las circunstancias.
- El atentado contra la vida del cónyuge.
- La injuria grave.
- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
- La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

7. La separación de hecho, como incumplimiento del deber de cohabitación, puede tener diverso origen e, inclusive, la negativa de hacer vida común no solamente puede provenir de uno de los cónyuges, sino de ambos. Ello no interesa, porque lo relevante es la voluntad demostrada, expresa o tácitamente, para no seguir con las obligaciones del matrimonio, lo que permite asegurar que en estas condiciones de abandono, lo que se mantiene es una vinculación matrimonial ficticia, no deseada e inclusive, probablemente, repudiada; pero, aún en esta situación, es posible sostenerla por la imposibilidad legal de ponerle término, lo que no se concilia con los fines del matrimonio, ni mucho menos con el interés social y del Estado, de procurar el bienestar de la familia y por ende la seguridad de la institución matrimonial.

Para que la separación de hecho pueda ser considerada causal de separación de cuerpos y/o de divorcio, es imprescindible que refleje una continuidad en el tiempo; que no haya ánimo de rectificación y, por el contrario, exista indudable voluntad cancelatoria de la relación legal del matrimonio. Por tanto, debe ser exigible un razonable lapso de tiempo que se propone sea no menor de dos años. Para tal consideración del plazo, se ha tenido en cuenta que el Código Civil fija también dos años en las causales de separación, cuando se trata de abandono injustificado de la casa conyugal y para la separación convencional. De ese modo se guarda conformidad con el criterio establecido en el Código Civil, para el tratamiento de situaciones análogas.

8. Resulta evidente, en estas condiciones, que la separación de hecho, por su propia naturaleza, descalifica a la institución matrimonial, tanto porque niega el cumplimiento de un deber legal, cuanto porque altera sustancialmente el vínculo resultante del contrato matrimonial y a más de ello, genera caos en la institución conyugal, cuyos regímenes de parentesco, patrimonial, alimentario, etc., de haberlos, pueden seguir originando efectos que uno o los dos cónyuges no deseen; es decir, creándose situaciones conflictivas e indebidas que la ley debe prevenir y evitar, en este caso, comprendiendo la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y/o de divorcio.

9. Si se tiene en cuenta que la ley civil peruana es muy rígida y hasta drástica para el establecimiento de la filiación matrimonial, se podrá comprender la gravedad y, a la vez, el absurdo insostenible de considerar padre a quien no lo es. En efecto, el artículo 361 del Código Civil estatuye que: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido", mientras que el artículo 362 del mismo cuerpo legal declara: "El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera".

Estamos en este caso ante el peligro de liberar legalmente de responsabilidades al padre real y endilgarlas al esposo de la madre, aunque éste mantenga estado de separación de hecho por decenas de años, con el agravante que el hijo puede sufrir consecuencias que van desde lo emocional hasta lo patrimonial, cuestión que no puede seguir admitiéndose, porque, precisamente, la ley está para reconocer y regular los hechos que impone la realidad y, si bien es cierto que la presunción paterno-filial matrimonial que consagra el Código Civil garantiza la paternidad del hijo, no cumple su propósito cuando, probadamente, los cónyuges no hacen vida común.

10. Otra situación anómala se presenta en los regímenes patrimonial y sucesorio. Si los cónyuges optan por la sociedad de gananciales, en la que todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario, vale decir comunes de ambos esposos (excepto, claro está, los bienes propios enumerados en el artículo 302 del C.C.), producida la separación de hecho y durante el tiempo que dure, el "cónyuge inocente" siempre tendrá derecho de

propiedad sobre el 50% de los bienes que adquiriera el otro, aunque hayan sido logrados manteniendo otro hogar, pues se castiga con pérdida de gananciales al cónyuge culpable de la separación de hecho (Art. 324 del C.C.). En lo que se refiere al régimen sucesorio, el marido o la mujer, en caso de muerte de uno de ellos, el que sobreviva tiene derecho a una mitad de la masa hereditaria por el sólo hecho de mantener el vínculo matrimonial, aunque éste haya dejado de ser institución familiar y se haya producido la separación. Igualmente, los hijos, aunque no tengan como padre al cónyuge de su madre, lo heredarán indebidamente, ya que por ser "hijo matrimonial", concurre en igualdad de derechos que los demás hijos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 818 del Código Civil.

11. Por otro lado, los últimos datos estadísticos oficiales proporcionados por el INEI, sobre el estado civil de la población, entre los que se halla el sector que vive en estado de separación de hecho, provienen del VII Censo Nacional de Población y IV de Vivienda realizado en 1993, donde, 15'483,790 de peruanos mayores de 12 años, 269,495 tienen la condición de "separado", lo que equivale al 1.74% de esa porción poblacional. A ello se puede sumar por lo menos una gran parte del sector que "no especifica" su estado civil, que era, a 1993, de 176,495 personas (1.14%). Lo referido significa que, grosso modo, un 2.5% de la población mayor de 12 años, que podría representar un universo de entre cuatrocientas mil y cuatrocientas cincuenta mil personas, estaría enfrentando problemas de orden legal, derivados de quebrantamientos del estado matrimonial, no resueltos por falta de legislación sobre la materia específica de la separación de hecho. También puede observarse de la información estadística que se inserta al final, que casi el 70% de la población censada mayor de 12 años separada de su cónyuge, se encuentra entre los rangos etéreos que van de los 20 a los 49 años; vale decir, a aquéllos en los que, generalmente, se constituye la familia. Igualmente, se puede apreciar que es el radio urbano donde se concentra el mayor porcentaje de personas que declaran su condición de "separados" en una proporción de 80.38% contra una rural de 19.62%. Un dato muy interesante que se desprende, es que son las mujeres las que en número inmensamente mayor declaran el estado de separación matrimonial. Son 197,685 frente a solamente 71,810 varones. En porcentajes: 73.35% y 26.65%¹⁰, respectivamente. Ello se explica porque los varones, al parecer, prefieren

consignar su condición como solteros, situación que a su vez estaría demostrando que el número de personas casadas que no hacen vida conyugal es mayor al que señalan las estadísticas, pues resulta incongruente que haya diferencias sustanciales en el número de varones y mujeres en situación de separación de hecho.

12. Finalmente, debe dejarse constancia que el presente Proyecto de Ley viene a ser una actualización del que lleva el número 1716/96-CR y que fuera presentado el 3 de setiembre de 1993, oportunidad desde la que no ha sido objeto del correspondiente Dictamen, que, por tratarse de otra Legislatura, no es exigible, pero que a juicio del proponente es necesario, porque la carencia de legislación sobre la separación de hecho como causal de divorcio, es un vacío que perjudica a una buena parte de la sociedad, que se ha pronunciado por diferentes medios exigiendo la aprobación de la ley. Es, por tanto una necesidad vigente de urgente atención.

COSTO-BENEFICIO

El presente proyecto, de convertirse en ley, no demandará recursos del Estado adicionales a los que actualmente otorga al Poder Judicial y al Ministerio Público, porque no crea ninguna obligación que no esté comprendida dentro de las funciones regulares de jueces y fiscales.

En efecto, se trata de incorporar en la legislación nacional, como causa de conclusión del matrimonio, una situación no prevista anteriormente, cual es la separación de hecho, que viene a ser la negativa a cumplir la obligación que establece el Art. 289 del Código Civil. Como se ha enumerado, nuestro ordenamiento legal reconoce once "causales" para la separación o el divorcio y esta ley pretende agregar una más, para que sea aceptada por los jueces como fundamento de derecho. Consecuentemente, no es mensurable, porque si bien es cierto que puede aumentar ligeramente la carga judicial, no requiere de más recursos que aquellos con los que cuentan actualmente el Órgano Jurisdiccional y el Ministerio Público. En cambio, habrá beneficio para un sector de la sociedad, que sin desearlo, mantiene su matrimonio, pese a que esta institución no cumple sus fines. La ley servirá para devolver el verdadero estado civil que corresponde a los cónyuges separados de hecho y evitará

que el contrato matrimonial continúe generando efectos en una relación inexistente en la realidad y que corresponde a una unión marital ficticia.

Lima, 7 de abril de 1999.

4. COMENTARIO SEGÚN LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ¹⁶⁴

“El Proyecto transcrito es el último de diez proyectos referidos a las causales de divorcio, y sus respectivos trámites procesales.

La Comisión de Justicia del Congreso de la República acordó, por unanimidad, que las iniciativas legislativas de los Congresistas Cáceres Velásquez, Estrada Choque, Alva Orlandini, Díaz Díaz, Forsyth Mejía, Llerena Marotti, Rigoberto Ezquerro y Estrada Pérez, se unifiquen en un solo dictamen, para su debate.

La modificación legislativa está dirigida fundamentalmente al establecimiento de la separación de hecho entre cónyuges como causal de divorcio, distinguiéndose las propuestas en el plazo legal exigido, así como, en ciertos requerimientos de carácter procesal para su concreción.

Como lo expone la fundamentación del proyecto precedente, un dispositivo de este carácter pretendería regularizar la informalidad en la que viven un conjunto de familias que no pueden hacerlo, por la negación expresa del cónyuge de uno de los miembros de la pareja de hecho.

Con relación a dicho argumento, es necesario advertir que la función legislativa no sólo puede priorizar la regularización de situaciones de hecho, sino ante todo, debe comprender la función orientadora del derecho respecto de las relaciones sociales a futuro, considerando su impacto social global.

Al respecto, proyectos como los planteados aunque amplíen los años de separación de hecho de los cónyuges de dos a cinco años; reconocen

¹⁶⁴ Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. “Divorcio en la Legislación Nacional”. Disponible en el Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú << http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/7137/divorcio_jurisprudencia_cap_01.pdf?sequence=7>> Fecha de Consulta: 20 de Febrero de 2017.

jurídicamente el hecho propio como causa de resolución del contrato matrimonial, lo que es contrario a principios jurídicos universalmente admitidos.

Si el matrimonio supone un compromiso asumido por dos personas, por voluntad propia, el divorcio no puede sujetarse a la voluntad unilateral de una de las partes, admitiéndose legalmente que prevalezca la del disidente, que sin motivo expresado toma la decisión de poner fin a la vida conyugal.

Consideración de mayor trascendencia si tenemos en cuenta que las decisiones a nivel familiar, en la mayoría de los casos involucran no sólo a la pareja como tal, sino también las relaciones personales y patrimoniales de éstos con sus hijos.

La sociedad requiere fortalecer la institución familiar, para lo cual debe propiciarse el establecimiento de hogares estables, capaces de asumir sus retos y dificultades comunes; en este aspecto, el matrimonio como institución jurídica, es la que brinda mayores garantías desde el interior y hacía afuera a sus miembros; medidas como las propuestas, al facilitar el divorcio por vía unilateral conducirán a que los matrimonios no meditados se incrementen; y que las parejas promedio disminuyan su interés en esforzarse por reanudar la vida conyugal ante problemas de posible superación, porque podrían optar por la separación de hecho, con los efectos legales permitidos.

De otro lado, si bien puede regularizarse la situación de hecho de un sector poblacional; la alternativa jurídica planteada favorece también, a futuro, que durante el período de espera para configurarse la nueva causal, los cónyuges puedan establecer relaciones temporales e inestables, con la promesa de un divorcio unilateral que aguardará en la más exigente de las propuestas, cinco años; nuevas relaciones de pareja se gestarían deviniendo en cuasi matrimonios de prueba o relaciones espectacivas más o menos prolongadas, con los consecuentes riesgos y perjuicios personales y patrimoniales de la muy posible nueva prole.

Un aspecto que resulta también muy preocupante, es que esta propuesta legislativa al modificar sustancialmente el ordenamiento civil en esta materia; desalentará particularmente la separación convencional y el divorcio ulterior;

como la alternativa legal menos perjudicial para un matrimonio destruido, pues tornaría innecesarios los esfuerzos de negociación hacía un consenso, el que sería reemplazado por la facilidad de la espera del implacable transcurso del tiempo.

La separación convencional permite la búsqueda de coincidencias no sólo para poner fin a la unión legal, como lo hace la separación de hecho unilateral, sino que favorece la reglamentación conjunta de aspectos familiares fundamentales, como son la relación personal y seguridad de los hijos menores de edad, así como de aspectos conyugales patrimoniales, ámbitos tan importantes de la vida privada que no son dejados a la decisión discrecional de un tercero, como ocurre en la propuesta unilateral.

Cierto es que dentro del marco restringido de la legislación vigente, la posibilidad de concertar entre los consortes se evidencia con frecuencia en nuestra realidad, basta advertir el número superior de procesos convencionales sobre los de causal, en los que incluso, en muchos casos los cónyuges se avienen a su variación por una acción convencional.

Finalmente se ha de señalar que el matrimonio como institución va más allá de la pareja que participó en el acto matrimonial fundacional, involucra al conjunto de sus miembros y relaciones de orden ético, emocional, personal y patrimonial que los vinculan, que no pueden quedar sujetas a la decisión exclusiva del disidente; el hecho de que en la realidad ocurran casos como éstos, no significa que exista el imperativo social que exija se legitime su ocurrencia, generando incluso "derechos", de cierto modo preferentes, a favor del cónyuge que se alejó de la familia primigenia que libremente constituyó."¹⁶⁵

5. CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO

Según ALTERINI, la separación de hecho "...obedece, simplemente, a la voluntad de los cónyuges, y deriva del hecho material de no continuar la

¹⁶⁵Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. "Divorcio en la Legislación Nacional". Disponible en el Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú << http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/7137/divorcio_jurisprudencia_cap_01.pdf?sequence=7>> Fecha de Consulta: 20 de Febrero de 2017.

convivencia. La separación de hecho (...) no produce efectos jurídicos desde que subsiste el status matrimonial...”.

Kemelmajer DE CARLUCCI concibe a la separación de hecho como “... el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad de uno (o) de ambos esposos...”.

La doctora Carmen Julia CABELLO MATAMALA señala que: “La causal de separación de hecho en nuestro régimen ha merecido un tratamiento sui generis, las expectativas en las que se generó así como la difusión que incluso en algunos sectores se le viene dando aún, la avizoraban e incluso intentan presentarla como una causal objetiva del sistema divorcio remedio; no obstante como observamos su reglamentación para efectos de la configuración de la causal así como para las consecuencias de la declaración de divorcio, le imprimen un tratamiento de sesgo inculpatório.

La fijación de un monto indemnizatorio, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación de un cónyuge perjudicado, a quien el juez por mandato de ley deberá proteger, hecho que tiene que objetivarse legalmente en el proceso, pero no a partir de un acto de buena voluntad sino que procesalmente requiere invocación, debate probatorio, contradictorio, congruencia, que determinen al perjudicado ¿inocente?, el perjuicio y la reparación en su quantum y forma.”¹⁶⁶

Asimismo CABELLO MATAMALA refiere que: “Nuestra legislación ha introducido en el inc. 12 del Art. 333° del C.C., la muy debatida causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen. Tras más de diez años de reiteradas propuestas legislativas, se ha incorporado en nuestro régimen legal de divorcio la reconocida causal objetiva, propia del

¹⁶⁶ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. “Las Nuevas Causales de Divorcio en Discusión: ¿Divorcio Remedio en el Perú?”. Alojado en el Repositorio de la Corte Suprema de la República. Disponible en <<http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C402_%20nuevas_causales_divorcio_210208.pdf>> Fecha de consulta: 22 de febrero de 2017.

sistema divorcio remedio esta es la separación de hecho, que modificando sustancialmente la lógica imperante en el sistema admite la invocación del hecho propio para dar mérito al divorcio, en tanto dentro de su racionalidad atiende al efecto de ruptura matrimonial de hecho evidenciada en la separación prolongada de los cónyuges y no a sus causas”¹⁶⁷.

CABELLO MATAMALA indica que: “Es necesario distinguir en la causal de separación de hecho, el tratamiento legislativo dual que ha merecido, en su comprensión o mejor aún difusión como causal objetiva remedio para efectos de la declaración de divorcio y de su tratamiento evidentemente inculpatario para la regulación de sus efectos. Tales como indemnización, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación del cónyuge perjudicado, a quien el juez por mandato de ley deberá proteger, pero que antes tendrá que reconocer en el proceso, pero no a partir de un acto de buena voluntad sino que procesalmente requiere reconvencción y debate probatorio que determinen al perjudicado ¿inocente?, el perjuicio y la reparación en su quatum y forma.”¹⁶⁸

Por tanto la separación de hecho es la decisión de uno de los cónyuges de ya no continuar la vida matrimonial sin mandato judicial, quebrantando el deber de cohabitación en forma definitiva.

6. CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN HECHO

Héctor DIAZ VALDIVIA y Rina ZANABRIA OJEDA hace mención que: “En ambos casos, o en todo caso, no es de aplicación lo previsto por el artículo 335º del C.C. de que solo el cónyuge agraviado está legitimado para demandar, de modo que la acción de separación, o de divorcio, puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges, sea el agraviado o el infractor de la separación”¹⁶⁹

¹⁶⁷ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. Divorcio ¿Remedio en el Perú?. Obra citada. fecha de consulta 01 de marzo de 2017.

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ DIAZ VALDIVIA Héctor y ZANABRIA OJEDA Rina. “Derecho de Familia (2011)”. Universidad Nacional de San Agustín – Facultad de Derecho. Arequipa – Perú. p. 201

Así también DIAZ VALDIVIA y ZANABRIA OJEDA señala que: “Como requisito de procedibilidad para invocar el supuesto de la separación de hecho, el demandante debe acreditar estar al día en el pago de las obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutua acuerdo, según lo establece el artículo 345 – A del C.C”¹⁷⁰.

BAUTISTA TOMÁ y HERRERO PONS nos enseñan que la causal de separación de hecho: “Es una disposición que consagra el divorcio – remedio. Resulta obvio que si el matrimonio se ha interrumpido durante un periodo prolongado (2 o 4 años) es que no resulta viable, no cumple con su contenido principal: llevar una vida en común, bajo el mismo techo y con posibilidad de cohabitación y procreación. La separación de hecho puede tener múltiples causas, incluso puede ser consideradas en los incisos 1 al 11 del art. 333, pero fáctica de separación antes que la valoración o enjuiciamiento de sus motivos. De allí que esa una forma de remediar una situación jurídica, un estado civil, puesto en incertidumbre por la libre voluntad de los ex cónyuges.”¹⁷¹

Asimismo BAUTISTA TOMÁ y HERRERO PONS indican que: “La separación de hecho debe ser libremente aceptada por ambos esposos. Consideramos que se trata de una causal que hace posible el divorcio – remedio porque puede ser alegada por el cónyuge que se separó en forma unilateral, por el esposo o esposa que por hecho propio disolvió tácitamente el vínculo conyugal. En consideración a los hijos menores de edad, el legislador ha ampliado los plazos que opere este dispositivo fijándolo a 4 años después de producida la separación de hecho.”¹⁷²

El doctor Collins SALVADOR BEJARANO nos enseña que la causal de separación de hecho de los cónyuges: “Consiste que en la no convivencia de los cónyuges o alejamiento de uno de ellos del hogar conyugal por dos años, si o se tiene hijos menores de edad, y de cuatro si se tuviera. no se considera causal de alejamiento por razones de salud o de trabajo. Se diferencia de la

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. Obra citada. p. 215

¹⁷² Ibídem. p. 216

causal de abandono que a pesar de la separación el cónyuge no ha desatendido sus obligaciones económicas ni morales como padre.”¹⁷³

Para la invocación de la causal de separación de hecho, se debe tener en cuenta que:

- a) Separación de hecho de los cónyuges haya durado dos años si no hay hijos, o si los habido son mayores de edad.
- b) Si los hijos son menores de edad se exige que la separación de hecho haya durado cuatro años.

7. CALIFICACION JURIDICA DE LA SEPARACION DE HECHO

El Maestro Alex PLACIDO VILCACHAGUA refiere que: “Sobre esta causal, la primera dificultad que se tuvo que enfrentar en el debate legislativo fue la de calificarla jurídicamente, porque precisamente se caracteriza por no estar prevista legalmente. Las diferentes iniciativas legislativas presentadas, cuando calificaban a la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio, consideraban solo el aspecto objetivo para su configuración; es, el hecho mismo de la separación sin analizar el motivo de su origen.”¹⁷⁴

Alex PLACIDO VILCACHAGUA señala que: Ello pareciera comprobarse, también, de la sola lectura del nuevo inciso 12° del artículo 333 del Código Civil. Sin embargo la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 27495 dispone que “para efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”¹⁷⁵.

¹⁷³ SALVADOR BEJARANO, Collins. Obra citada. Fecha de consulta 27 de febrero de 2017

¹⁷⁴ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Obra citada. p. 93.

¹⁷⁵ Ídem.

Asimismo se menciona que para invocación de la causal de separación de hecho no se considerará por razones laborales, es decir esta causal no requiere un motivo de separación, sólo la voluntad de uno de los cónyuges.

8. ELEMENTOS DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA¹⁷⁶, menciona los siguientes:

- a. **ELEMENTO OBJETIVO:** Cese efectivo de la vida conyugal, Alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación.
- b. **ELEMENTO SUBJETIVO:** Aunque resulte discutible que se contemple en una causal de carácter objetivo la presencia del elemento intencional; nuestra legislación al acotar en su tercera disposición complementaria un supuesto ¿extensible a otros supuestos? de improcedencia, permite la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose por tanto a contrario, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación;
- c. **ELEMENTO TEMPORAL:** Se requiere que la separación de hecho se prolongue de modo ininterrumpido por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

Asimismo CABELLO MATAMALA indica que: “Para efectos metodológicos resulta adecuado analizar esta causal en vía comparativa con la de abandono de la casa conyugal. Si bien, al igual que en la causal de abandono injustificado de la casa conyugal se configuran tres elementos constitutivos de la misma, éstos difieren significativamente: Con relación al alejamiento de los cónyuges, como la ley lo autoriza puede indistintamente cualquiera de los cónyuges invocarla, ya sea a pedido de quien se encuentra en la casa común porque ha sido víctima del retiro del consorte, o que ha permanecido en ésta

¹⁷⁶ CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. Obra citada. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2017.

por acuerdo con su cónyuge, como también se admite su invocación por el responsable de la separación, esto es por quien se fue, radicando en este aspecto tal vez su mayor nota distintiva de causal objetiva de divorcio remedio.”¹⁷⁷

La causal de separación de hecho a diferencia de la causal de abandono i justificado de la casa conyugal, se basa en que la primera puede fundarse en hecho propio, es decir que el cónyuge culpable puede invocarla.

CABELLO MATAMALA señala que: “Se distingue en el elemento material de la causal objetiva, se ubica en la no necesidad de acreditar el domicilio conyugal y que si es imprescindible para efectos de la causal inculpatoria de abandono, razón por la cual, el eventual aunque existente caso de los cónyuges que por diversos motivos no han constituido casa conyugal, porque siempre han vivido separados por razones económicas, estudios, viaje, etc. Y que en la causal subjetiva son declaradas improcedentes, pensamos que si sería viable su invocación en la nueva causal. Cabe señalar que lo usual en la casuística es que los cónyuges hayan hecho vida en común en el domicilio conyugal, y que ello será materia del debate probatorio en el juicio.”¹⁷⁸

En la causal de abandono injustificado del domicilio conyugal se basa en determinar cuál fue el domicilio conyugal común, por lo que se debe de probar durante el proceso.

CABELLO MATAMALA refiere que: “La separación de hecho de los cónyuges con prescindencia de la probanza de la casa conyugal posibilita la configuración de este elemento para la configuración de la causal. Aspecto distinto es el vinculado a las pretensiones relacionadas a los efectos patrimoniales como consecuencia de la declaración de la disolución del vínculo por esta causal, que requieren la verificación del cónyuge perjudicado, para lo cual resulta fundamental entre otros identificar la casa conyugal, a fin de reconocer al cónyuge abandonado, y en consecuencia quien puede

¹⁷⁷ Ídem.

¹⁷⁸ Ídem.

válidamente invocar el perjuicio, como uno de los extremos a fundamentar en relación al daño irrogado a su persona y proyecto de vida.”¹⁷⁹

El demandante no se tiene que sentir identificado como cónyuge culpable o agraviado para interponer la demanda de separación de hecho.

CABELLO MATAMALA menciona que: “ En cuanto al elemento subjetivo, las divergentes posiciones judiciales en cuanto a la probanza o la inversión de la carga de la prueba de la intención deliberada de sustraerse de las obligaciones conyugales en el abandono injustificado de la casa conyugal, que conduce al cónyuge emplazado a acreditar las razones que justifican su retiro, y el no hacerlo permite presumir la intención de transgredir las obligaciones conyugales, deberían quedar postergadas en la nueva causal, ante la comprensión legal de que la tolerancia por parte de ambos cónyuges de la situación de hecho, pone de manifiesto su falta de voluntad para hacer vida en común, y por lo tanto para efectos de la disolución del vínculo, hay una suerte de consentimiento tácito o expreso para admitir una nueva situación conyugal.”¹⁸⁰

El cónyuge demandado por la causal de abandono injustificado del domicilio conyugal, durante el proceso deberá de acreditar las razones que justifican su retiro y si no lo hace se presume que ha tenido la intención de transgredir las obligaciones conyugales.

CABELLO MATAMALA menciona que: “No obstante, lo expresado como característica propia de una causal objetiva como lo sería la separación de hecho, como ya se mencionara la ley en su tercera disposición complementaria y transitoria señala que para los efectos de la aplicación del inciso 12 del Art. 333 del C.C. no se considerará separación de hecho y por tanto es causal de improcedencia de la causal, que la separación se haya producido por causas laborales, exigiéndose en dicho supuesto el

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ Ídem.

cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges.”¹⁸¹

La Ley que introduce la causal de separación de hecho menciona que no se puede invocar la causal de separación de hecho por motivos laborales.

CABELLO MATAMALA nos enseña que: “Esta norma complementaria como vemos aleja a la causal de su carácter objetivo, que se advertía con claridad al evaluar el elemento precedente. En este “divorcio remedio” la ley posibilita que en un proceso por esta causal se debatan las razones que motivaron el apartamiento, lo que distorsiona su tan anunciado carácter objetivo. El emplazado podrá alegar la improcedencia de la causal, en los dos supuestos que se encuentre, ya sea porque es el cónyuge que se fue y como si se tratara del demandado de la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, podrá alegar la improcedencia ventilando las razones de su retiro, por lo que desde esa perspectiva el cónyuge que permaneció en la casa común estaría en una situación semejante en ambas causales, y de otro lado, si quien invocando hecho propio encuentra un cónyuge emplazado que se niega a divorciarse precisamente al argumentar que el cónyuge demandante se retiró de la casa común por razones laborales y que ha venido cumpliendo satisfactoriamente sus obligaciones alimentarias, acogiéndose en este extremo al supuesto de improcedencia consignado en la ley, que no distingue en su texto, pero cuya defensa resultaría implicate con la admisión de la invocación del hecho propio.”¹⁸²

Si durante el proceso el demandado explica que se retiró del hogar conyugal por motivos laborales o explica los motivos por el cual se retiró, no se podrá amparar la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho

CABELLO MATAMALA menciona que: “Otro aspecto que llama la atención, si es que se ha pretendido desobjetivizar la causal es que no se ha contemplado en los supuestos de improcedencia, las razones de salud o honor o peligro de la vida, igualmente comprensibles para la no-configuración

¹⁸¹ Ídem.

¹⁸² Ídem.

de la causal, interpretación sistemática que podría alegarse invocándose la aplicación del art. 289 del C.C. Las reflexiones precedentes, nos permiten colegir la siguiente inquietud ¿cuál es la diferencia sustancial entre la causal de abandono injustificado de la casa conyugal y la separación de hecho cuando es invocada por el cónyuge afectado por la separación?.”¹⁸³

La ley no menciona los supuestos de enfermedad, honor, peligro para la invocación de la causal de separación de hecho.

CABELLO MATAMALA indica que: “En cuanto al elemento subjetivo serían mínimas, favoreciéndose al consorte víctima con ventajas patrimoniales para su protección, como la indemnización o adjudicación preferente de bienes específica para la última causal, posibilidades adicionales al sistema reparatorio del clásico divorcio sancionador. Quien invoca un hecho propio, estará dispensado del debate respecto a las razones de su apartamiento, pero tendrá que acreditar además de la separación material, el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias u otras que hubiera pactado, sustrayéndose de dicho requerimiento al no responsable de la separación. Con relación al elemento temporal, difiere de la causal culposa no sólo en los plazos en razón de la existencia de hijos menores de edad, sino también en la exigencia de continuidad en la separación, por cuanto en lo ininterrumpido del plazo se evidencia la ruptura de hecho con carácter permanente de la relación conyugal.”¹⁸⁴

Quien invoque la causal de separación de hecho, fundando su demanda en hecho propio se le permite que contravenga a la Constitución Política del Perú ya que no le da la debida protección a la familia matrimonial, sino un premio al cónyuge que provocó la desintegración familiar.

9. ALEGACION DE LA CULPABILIDAD EN LA SEPARACION DE HECHO

Alex PLÁCIDO VILCACHAGUA señala que: “Una de las dificultades que se tuvo que enfrentar en el debate legislativo, fue la referida a la alegación de la

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ Ídem.

culpabilidad en la separación de hecho. Se expuso lo injusto que resultaría no permitir la invocación de inocencia para dejar a salvo los derechos del cónyuge no culpable”.¹⁸⁵

A diferencia de las otras causales de divorcio, la causal de separación de hecho es la única causal que permite que se funde en hecho propio, dejando inservible las demás causales, ya que la causal de separación de hecho es la más fácil de probar y permite el quiebre de la familia mucho más rápido.

10. IMPLICANCIAS DEL DIVORCIO POR SEPRACION DE HECHO

WENDY DÁVILA BENDEZÚ¹⁸⁶ menciona los siguientes:

- “Incumplimiento del deber de cohabitación, es decir, que los cónyuges ya no vivan juntos, y que esta separación haya sido por un período largo y sin interrupciones de dos a cuatro años (si tienen hijos menores de edad). En este caso, los cónyuges no tienen la voluntad de hacer la vida en común, puede darse ya sea porque uno de los cónyuges se aleja por su propia voluntad o por el acuerdo de ambos.
- Puede presentar la demanda por la causal de Separación de Hecho cualquiera de los cónyuges, ya sea porque el otro cónyuge se lo pidió o el mismo responsable de la separación, es decir, quien abandonó el hogar.
- En este caso, es de alguna manera irrelevante, cuál ha sido la causa de la separación. Aquí lo más importante es que se haya dado la interrupción de la cohabitación de manera prolongada, quedando en evidencia, que el matrimonio ha quedado definitivamente roto.
- Esta causal de Separación de Hecho, se basa en hechos objetivos: no se ha hecho vida en común durante un largo tiempo, dos o cuatro años y de manera ininterrumpida.
- Si el cónyuge se retiró del hogar conyugal por razones laborales, esta causa no podrá ser invocada, siempre y cuando el cónyuge cumpla con sus obligaciones alimentarias u otras acordadas con el cónyuge.

¹⁸⁵ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Obra Citada. 99.

¹⁸⁶ DAVILA BENDEZU, Wendy. “Divorcio por Causal de Separación de Hecho”. Alojado en el sitio web de Resultado Legal. Disponible en << <http://resultadolegal.com/divorcio-por-separacion-de-hecho-2/>>> Fecha de consulta: 28 de febrero de 2017.

- Para poder demandar por la causal de separación de hecho, el cónyuge deberá estar al día en sus obligaciones alimentarias.
- El Juez por mandato de la ley deberá identificar al cónyuge perjudicado y brindarle su protección. Para esto se requiere la invocación, debate probatorio, contradictorio, congruencia, que determinen cómo el cónyuge fue el perjudicado.
- Téngase en cuenta que el perjudicado no necesariamente ha de coincidir con el demandado, éste podrá ser el cónyuge abandonado en contra de su voluntad. No habrá cónyuge perjudicado si ha existido un propio acuerdo. El demandante también podría ser calificado como el perjudicado, si es el que no abandonó el hogar.
- Una vez identificado el cónyuge perjudicado, si lo hubiera, entonces el Juez ordenará las medidas correspondientes para proteger la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho (aquel que no ocasionó la separación de hecho), así como la de los hijos.
- La indemnización al cónyuge perjudicado, incluye el daño moral irrogado, psico-físico, el haberle afectado un proyecto personal de vida y el daño patrimonial.

Las implicancias que surten tras invocar la causal de separación de hecho se encuentran específicas en el Código Civil peruano, tales como el tiempo de separación, respecto a los hijos, a los alimentos, la indemnización al cónyuge perjudicado.

11. EL PRINCIPIO DE NO BASAR LA CAUSAL EN “DERECHO PROPIO”

María Cristina CHIABRA VALERA¹⁸⁷ refiere que: “La protección social al matrimonio se refleja en el cuidado con que las reglas del divorcio han sido dispuestas. Así, por un elemental principio de lógica jurídica, nadie puede basar su pretensión de divorcio amparado en hecho propio.

¹⁸⁷ CHIABRA VALERA, María Cristina. Obra citada. p. 115 a 117.

Corresponde al juez la defensa social del matrimonio debiendo intentar en el acto del comparendo la reconciliación de la pareja; pues puede aceptar el allanamiento o relevo de la prueba.

Con la modificación legal en vigencia, la defensa social del matrimonio se ve contrapesada con la necesidad de dar seguridad jurídica a las relaciones consecuentes a una separación de hecho, a fin de que la realidad tenga correspondencia con la legalidad.

La causal de separación de hecho, el derecho hará un paréntesis en la pregunta de quién fue el causante de la separación, e independientemente de si lo fue el pretensor o la víctima del abandono, la modificación legal se alzarán por encima de esa pregunta y solo reconocerá el hecho objetivo de la separación física de los casados, sin que corresponda preguntarse –y por lo tanto, sin necesidad de probar-: ¿Quién fue el responsable de la separación?, concediendo la legitimación activa, incluso al cónyuge causante de la separación.

La causal de hecho supera la clasificación dual entre causal remedio y causal sanción, para crear una nueva categoría que podríamos denominar “causal realidad”, de modo tal que la modificación normativa, pretende (acercándose a la realidad y recogiendo), dar respuesta jurídica al hecho de que los cónyuges, cualquiera sea la razón, ya no hacen vida en común y se encuentran físicamente separados, vaciando el contenido a la institución del matrimonio.

La causal de separación de hecho –al recoger la realidad pretende llenar ese vacío en la institución del divorcio ahí donde no hay consentimiento para la separación convencional o donde no hay causal generada que pueda ser probada.

Esto generaba en los hechos nuevas realidades familiares disfuncionales, paralelas, sin reconocimiento legal y la presencia de hijos extramatrimoniales que luego en muchas ocasiones eran preferidos en su vocación alimentaria y hereditaria. La ausencia de consentimiento y la inexistencia de causal no

impedían, en modo alguno, que en realidad las parejas mal avenidas, dejaban de separarse en los hechos, vaciando el contenido de su relación conyugal y –no en pocas ocasiones relaciones familiares paralelas sin la protección legal o amparo jurídico eficiente.

Entonces, la causal de separación de hecho viene a llenar ese vacío normativo, acercando el Derecho de familia a la realidad: hay matrimonios irremediablemente rotos, sin posibilidad de reconciliación, cuya separación legal debe ser reconocida por el Derecho sin que sea necesario preguntar quién fue el causante o cuál fue la razón de tal separación.

Bastará con probar el paso del tiempo exigido por la ley, es decir, dos años si en el matrimonio ya no ha, o no ha habido hijos menores de edad, o cuatro años si los hubiera, asegurando la modificación normativa que el cónyuge que no ocasionó la separación (pero que no desea otorgar el divorcio convencional) sea compensado económicamente.

12. LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DESPUÉS DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL

El Abogado Luis CARDENAS RODRIGUEZ refiere que: “La separación de hecho consiste, como su nombre lo expresa, en la separación fáctica entre cónyuges, quienes en la práctica dejan de compartir la vivencia conjunta de una relación conyugal. Esto engloba el dejar de hacer vida conjunta en el domicilio conyugal, el incumplimiento por un lapso de tiempo determinado de la cohabitación. Fue introducida en nuestra legislación a través de la Ley 27495, publicada en el diario oficial El Peruano, de fecha 7 de julio de 2001. Ahora, con la previsión de esta figura de la separación de hecho se viene a brindar una salida a la situación disfuncional de muchos matrimonios que solo conservaban la forma mas no la sustancia de una verdadera relación conyugal, pues se facilita la extinción de un vínculo inexistente en la práctica”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ CARDENAS RODRIGUEZ, Luis. “El Divorcio en la legislación Doctrina y Jurisprudencia – Causales, proceso y garantías”. Gaceta Civil y Procesal Civil. Editorial El Búho. Primera Edición Setiembre 2013. Lima – Perú. p. 129.

Asimismo el autor antes mencionado nos indica que de lo anterior que: “Esto se revela en el número de casos resueltos por nuestros juzgados y tribunales, lo que ha llevado a múltiples dificultades aplicativas de la normativa vigente, sobre todo en lo que respecta a la previsión de una indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Esta situación, en la que se presentaron incluso pronunciamientos contradictorios, hizo necesaria la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil, con sentencia publicada en el diario oficial El Peruano del 13 de mayo de 2011. Los criterios establecidos mediante esta vía se vienen aplicando, y no solo aquellas reglas estatuidas con carácter vinculante, sino también los criterios que sirven de fundamentos para la sentencia”¹⁸⁹.

La causal de separación de hecho es la causal más sencilla de probar por lo que no requiere de muchos requisitos, siendo que dicha causal permite que el vínculo matrimonial quiebre de manera mucho más rápido.

13. DIFERENCIA CON EL ABANDONO INJUSTIFICADO

“En un caso se demandó divorcio por dos causales: el abandono injustificado del hogar conyugal y la separación de hecho. La sentencia casatoria consideró que el juicio de hecho, realizado por el juez según el cual el accionante habría entrado en contradicción al proponer en la demanda en forma simultánea ambas causales de divorcio resulta errado por cuanto cada una de las referidas causales tiene su propia naturaleza, elementos, requisitos y consecuencias jurídicas”¹⁹⁰.

La causal de separación corresponde al sistema divorcio remedio, por lo que solo se observa que el matrimonio dejó de cumplir su finalidad por falta de cohabitación; en cambio el abandono injustificado del hogar, corresponde al divorcio sanción, y se observa la falta de cohabitación y asistencia.

¹⁸⁹ *Ibidem*. p. 130.

¹⁹⁰ Cas. N° 2262 – Huaura, 25/05/2011, El Peruano, 03/11/2011

CAPÍTULO III: MARCO OPERATIVO

1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.1. HIPÓTESIS GENERAL

La causal de separación de hecho va en contra de la Constitución Política del Perú debido a que esta protege a la familia y promueve el matrimonio, por lo tanto el Estado protege a la familia matrimonial y la causal de separación de hecho facilita el quiebre del vínculo matrimonial vulnerando el principio constitucional de protección de la familia sin importar que cónyuge la invoque, por tal motivo debe de derogarse la causal de separación de hecho.

1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

No es necesario que la causal de separación de hecho esté regulada por el Código Civil ya que existen otras causales de divorcio y no se puede permitir que el cónyuge fundamente su demanda en una causal en la que él mismo ha incurrido.

1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

La ley propicia que los cónyuges se divorcien fácilmente sin embargo incumple el deber constitucional de promocionar el matrimonio debilitándolo, dando mayor facilidad a los cónyuges para que puedan divorciarse al invocar la causal de separación de hecho, sin tener en cuenta que esta casual se puede fundar en hecho propio por ende no protege a la familia.

1.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

El Estado no protege a la familia ni promueve el matrimonio debido a la falta de políticas sociales para que las parejas matrimoniales se mantenga unidas en matrimonio ya que al incrementarse las causales de divorcio existen más posibilidades para que los cónyuges se divorcien fácilmente y sobre todo por la causal de separación de hecho sin importar si el demandante haya incurrido en dicha causal.

2. VARIABLES DE ESTUDIO

2.1. VARIABLES

2.1.1. HIPÓTESIS GENERAL

a. Variable Independiente (A)

Es necesario que en el Código Civil se regule la causal de separación de hecho.

b. Variable Dependiente (B)

La causal de separación de hecho vulnera el principio de protección familiar consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

2.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

2.1.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

a. Variable Independiente (A)

La causal separación de hecho debilita la institución del matrimonio.

Indicador: El número de expedientes en las que se invoca la causal de separación de hecho.

b. Variable Dependiente (B)

Se debilita la institución del matrimonio por la causal de separación de hecho ya que esta se sustenta en hecho propio.

Indicador: El número de demandas que invocaron la causal de separación de hecho fundamentándose en hecho propio.

2.1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

a. Variable Independiente (A)

La ley propia que los cónyuges se divorcien fácilmente.

Indicador: El número de demandas que invocaron la causal de separación de hecho fundamentándose en hecho propio.

b. Variable Dependiente (B)

La ley permite el rompimiento del vínculo matrimonial facilitando el divorcio.

Indicador: El artículo 333 inciso 12 del Código Civil, “La separación de hecho de los cónyuges (...) no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335”.

2.1.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

a. Variable Independiente (A)

La falta de protección y promoción del matrimonio por parte del Estado ya que en la Constitución el Estado protege la familia y promueve el matrimonio por tanto protege la familia matrimonial.

Indicador: El artículo 4 de la Constitución protege a la familia y promueve el matrimonio.

b. Variable Dependiente (B)

Se recurre al órgano jurisdiccional con la finalidad de que se disuelva el vínculo matrimonial.

Indicador: El número de demandas que invocaron la causal de separación de hecho fundamentándose en hecho propio.

3. METODOLOGÍA

3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es aplicada debido a que se busca una solución al problema para que la causal de divorcio de separación de hecho no se fundamente en hecho propio, debido a que la ley propicia que las personas puedan divorciarse más rápido tomando al matrimonio de manera aventurada e irresponsable.

Asimismo se utilizó la investigación básica lo cual ayudó a comprender el tema de investigación; para ello se utilizó el Método Documental, el cual nos permitió indagar más sobre el análisis que se le ha dado a los temas que abarcamos, durante la historia para tener una base sólida.

Se utilizó el método Empírico, ya que a través de este método se recopiló la información directa del problema, el cual se revisó los expedientes en los que los demandantes invocaron la causal de separación de hecho.

3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de nivel descriptivo porque nos permitió poner en evidencia las características del problema, mostramos las peculiaridades del problema demostrando que la causal de separación de hecho es una de las causales más invocadas, facilitando la disolución del vínculo matrimonial.

Nivel explicativo debido a que la finalidad de trabajar con las fuentes de origen, empírico, y ámbito, práctico, se pudo averiguar la causa del problema ya que se examinó los expedientes de divorcio por la causal que se investiga.

3.2. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA

Conforme al ámbito en el que se desarrolla la presente, el método de investigación idóneo, conforme al origen de los datos, fue empírico, los cuales se analizaron expedientes sentenciado en el 2015, vinculados al tema del divorcio sobre la causal de separación de hecho en el distrito Judicial de Tacna.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.3.1. POBLACIÓN

Los elementos de los que se recogió la información para la presente investigación jurídica fueron los expedientes de divorcio sentenciados durante el año 2015, de los tres Juzgados Especializados en Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna, el cual se sentenciaron 54 expedientes de divorcio, esto nos facilitó la aplicación de las técnicas e instrumentos de investigación, así como el análisis de los datos.

3.3.2. MUESTRA

De los 54 expedientes de divorcio, se tomó como muestra 23 expedientes de divorcio en los cuales se invocaron la causal de separación de hecho.

La información de los expedientes sentenciados por la causal de separación de hecho fue recopilada de la Corte Superior de Justicia de Tacna, el cual se distribuye de la siguiente manera:

- Primer Juzgado de Familia: 7 expedientes sentenciados.
- Segundo Juzgado de Familia: 6 expedientes sentenciados.
- Primer Juzgado de Familia Transitorio: 10 expedientes sentenciados.

3.3.3. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA MUESTRA

3.3.3.1. CRITERIOS DE INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de la población antes mencionadas, es la siguiente:

- Expedientes judiciales sentenciados de procesos de divorcio en la que los demandantes hayan fundamentado su demanda invocando la causal de Separación de hecho comprendido durante el año 2015.

3.3.3.2. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

Los criterios de exclusión a tomar en cuenta para la selección de las muestras son los siguientes:

- Expedientes judiciales de procesos de divorcio por otras causales de divorcio que no sea la causal de separación de hecho.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.4.1. TÉCNICAS

Teniendo en cuenta la naturaleza de los elementos que conforman la población de la cual se va a recabar la información y la información necesaria para esta investigación jurídica, se utilizó el análisis documental, anotar e interpretar las características de éstos.

3.4.2. INSTRUMENTOS

El instrumento a emplearse fue la ficha de observación de expedientes, por la cual se orientó el control de los datos y características que recabamos de la población, así como su anotación, de modo que el análisis de éstos nos permitió la consecución del fin de la presente investigación. Por lo tanto la guía va a consistir en un esquema organizado donde se consignó todas las variables buscadas y las posibles relaciones entre ellas.

3.4.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Se aplicó el método Inductivo - Deductivo para el análisis de las causas por las cuales los demandantes invoquen la causal de separación de hecho fundamentándose en la causal que ellos incurrieron. Finalmente, mediante un análisis sistemático, vinculó los resultados por cada variable investigada, de manera que de su discusión teórica se origine la interpretación de la problemática inicialmente planteada, la presentación de conclusiones, así como las recomendaciones y alternativas pertinentes para su solución.

**CAPÍTULO IV: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE
RESULTADOS**

1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información tomada de los expedientes judiciales fue obtenida a través de la Ficha de Observación realizada a los expedientes en materia de divorcio sobre la causal de separación de hecho.

La población fue tomada de los expedientes judiciales, de los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna, sentenciados en el año 2015 en la ciudad de Tacna.

Sin embargo al existir al existir 54 expediente sentenciados durante el año 2015 y de los cuales 23 expediente los demandantes invocaron la causal de separación de hecho, por lo que no se aplicará una selección de muestra y se procederá a analizar los 23 expedientes, mostrando los resultados de manera verídica sin error de muestreo, lo que hace que sea una investigación mucho más precisa.

1.2. PROCESAMIENTO DE DATOS

Para la tabulación de los datos se ha utilizado cuadros en hoja electrónica del programa Microsoft Excel, en una hoja se ha confeccionado un cuadro matriz donde se alimentaron los datos obtenidos de la ficha de observación de los expedientes de divorcio, causal de separación de hecho, sentenciados en el año 2015, asignando una columna por criterio de análisis y colocando en filas cada unidad de análisis con la información recabada, para obtener el resultado de la sumatoria de todas las respuestas. En una segunda hoja se han enlazado los resultados de la primera hoja con las sumatorias y se han plasmado los textos del cuestionario, de modo que en esta segunda hoja nos sirve de cuadro base con los resultados. Y finalmente en base a la segunda hoja es que se ha confeccionado los gráficos de barras.

2. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

2.1. DISEÑO DE PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

La información recopilada luego de ser procesada a través de las herramientas de la estadística descriptiva, es presentada por medio de gráficos:

- Información sobre los expedientes de divorcio (Causal de separación de hecho).

2.2. PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN

La información obtenida se ha trasladado a los cuadros estadísticos y se han estructurado gráficas para su mejor apreciación de los porcentajes y niveles de composición de sectores o ítems, que en la parte inferior se hace un comentario destacando algún hecho significativo, si lo hubiere.

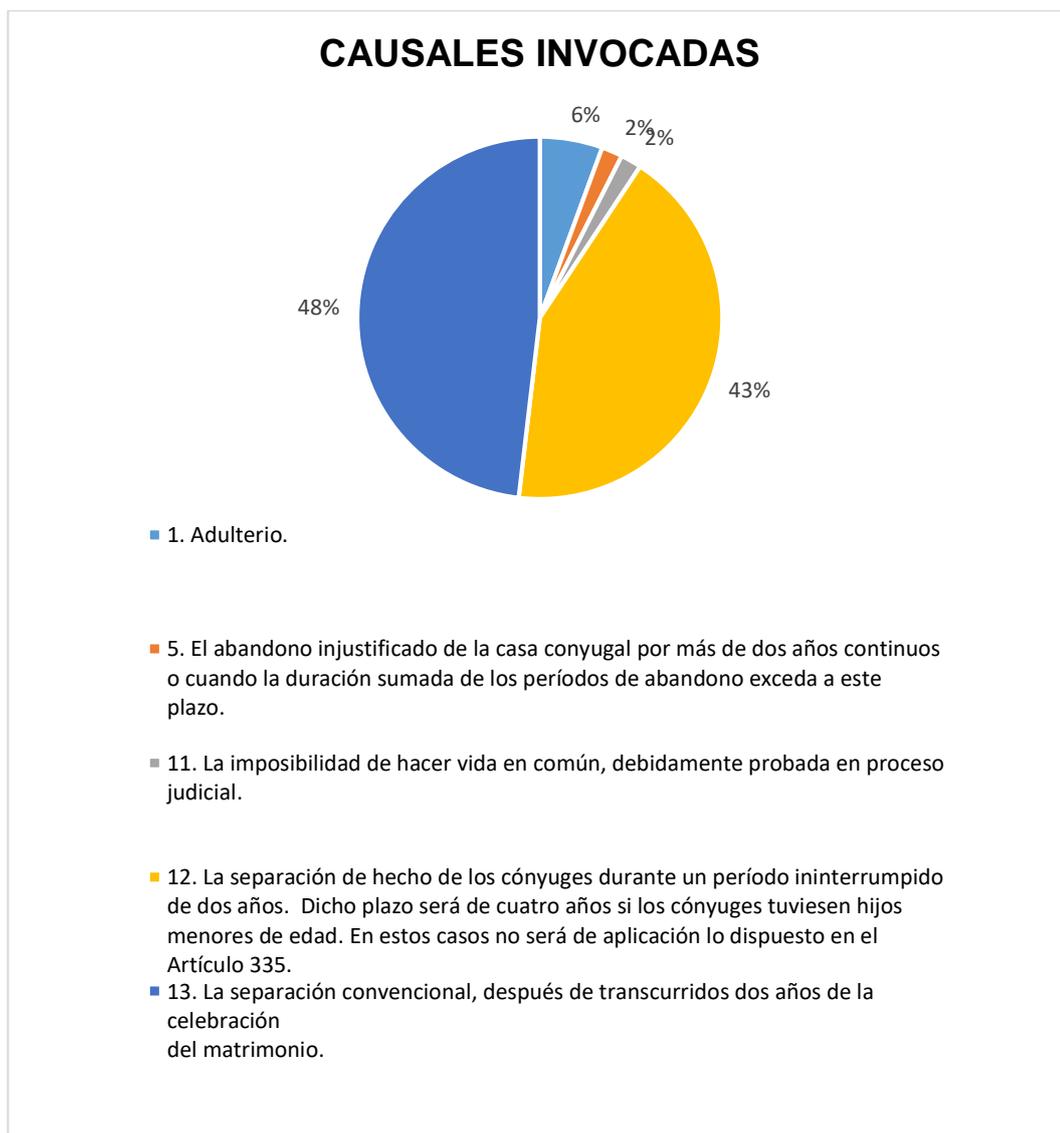
2.3. DATOS DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS

Para las variables se han tomado los datos de los expedientes de divorcio en las cuales se ha invocado la causal de separación de hecho, tal como se ha explicado anteriormente, se analizarán los 23 expedientes de divorcio por la causal de separación de hecho, sentenciado en el año 2015, presentado los datos de manera precisa.

3. RESULTADOS DE LA FICHA DE OBSERVACIÓN DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES EN MATERIA DE DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA – 2015

Se ha analizado todos los expedientes de divorcio por la causal de separación de hecho, total de 23 expedientes, perteneciente a los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna sentenciados durante el año 2015, siendo los siguientes resultados:

GRÁFICO N° 01



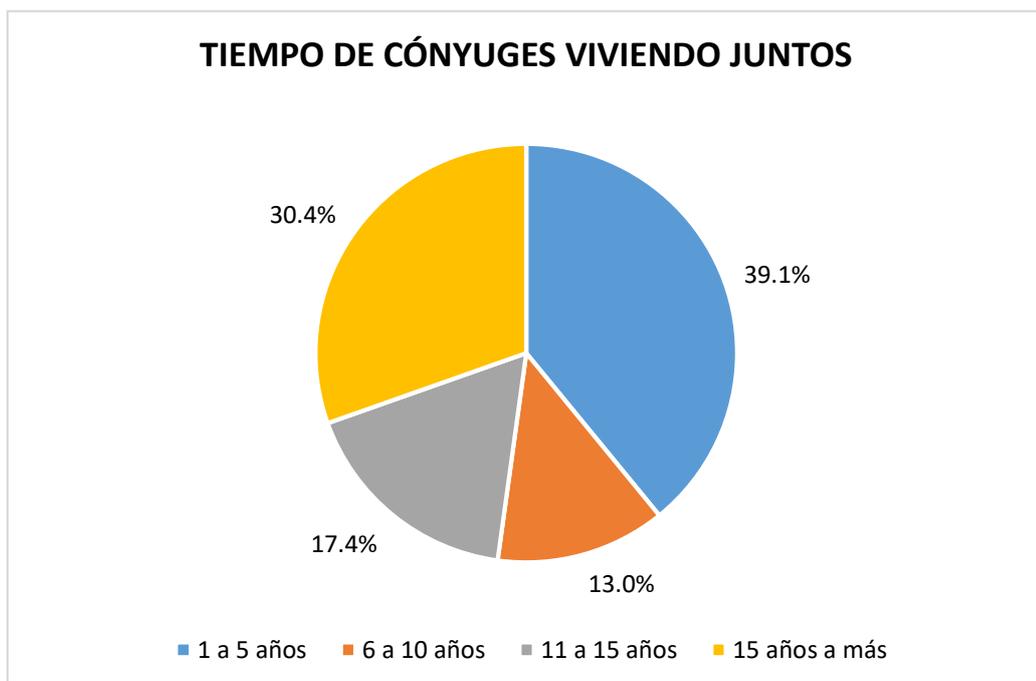
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 1)

INTERPRETACIÓN:

De los expedientes de divorcio revisados que han sido sentenciados durante el año 2015, 54 expedientes de divorcio, se puede apreciar que el 48% de los cónyuges optó por la separación convencional, seguidamente se tiene un 43% correspondiente a la causal de separación de hecho, así también se tiene un 6% perteneciente a los expedientes de divorcio por la causal de adulterio; finalmente el 4% de los demandantes invocaron la causal de abandono injustificado de la casa conyugal y la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

La causal de separación de hecho, es una de las últimas causales incorporadas a nuestro Código Civil y así también es una de las causales más invocadas, ya que en el 2015 se sentenciaron 23 expedientes de divorcio por la causal antes mencionada.

GRÁFICO N° 02



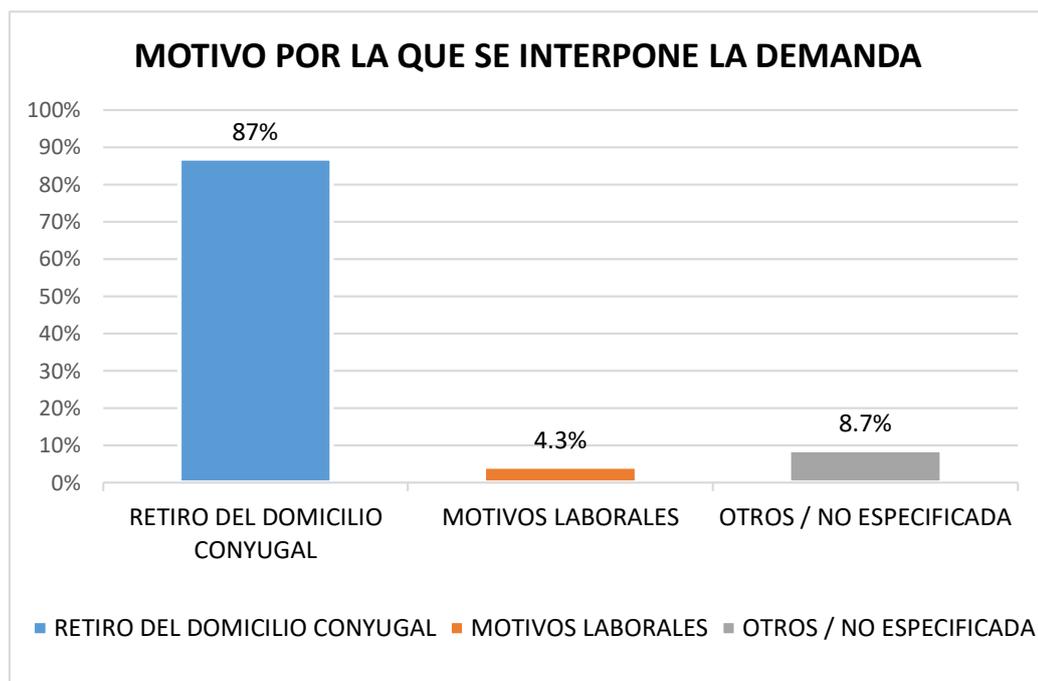
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

De los expedientes recabados de divorcio por separación de hecho se aprecia que un 39.1% de los cónyuges ha vivido de 1 a 5 años juntos, antes de interponer la demanda de divorcio; así también un 13% de las parejas conyugales han vivido juntos de 6 a 10 años; mientras que un 17.4% de los matrimonios han estado viviendo juntos de 11 a 15 años; finalmente más de 15 años vivieron juntos un 30.4% de los cónyuges.

Como se ve reflejado muchos cónyuges vivieron años de matrimonio, por lo que el Estado debe de proteger la familia, y no permitir que años de matrimonio se vean afectados por la causal de separación de hecho.

GRÁFICO N° 03

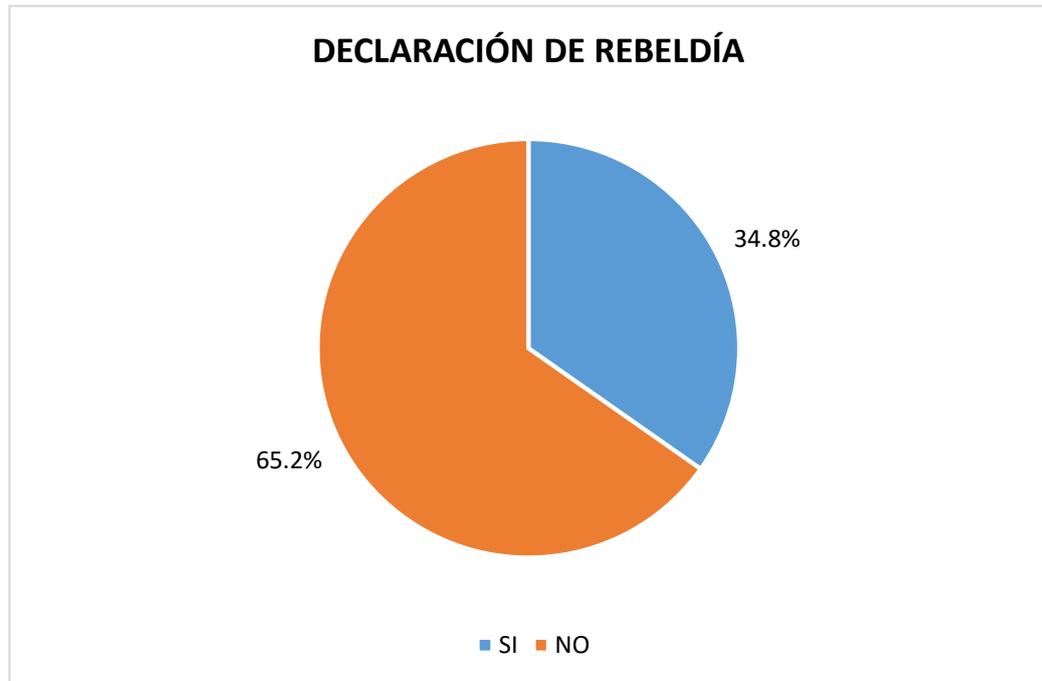


Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

En cuanto a los motivos por los cuales los demandantes iniciaron el proceso de divorcio invocando la causal de separación de hecho, corresponde el 87% al retiro del domicilio conyugal; así también el 4.3% corresponde a motivos laborales por los cuales uno de los cónyuges hizo el retiro del hogar conyugal; mientras que el 8.7% de los demandantes mencionaba otros o no especificaba los motivos por los cuales inició el proceso de divorcio invocando la causal de separación de hecho.

GRÁFICO N° 04



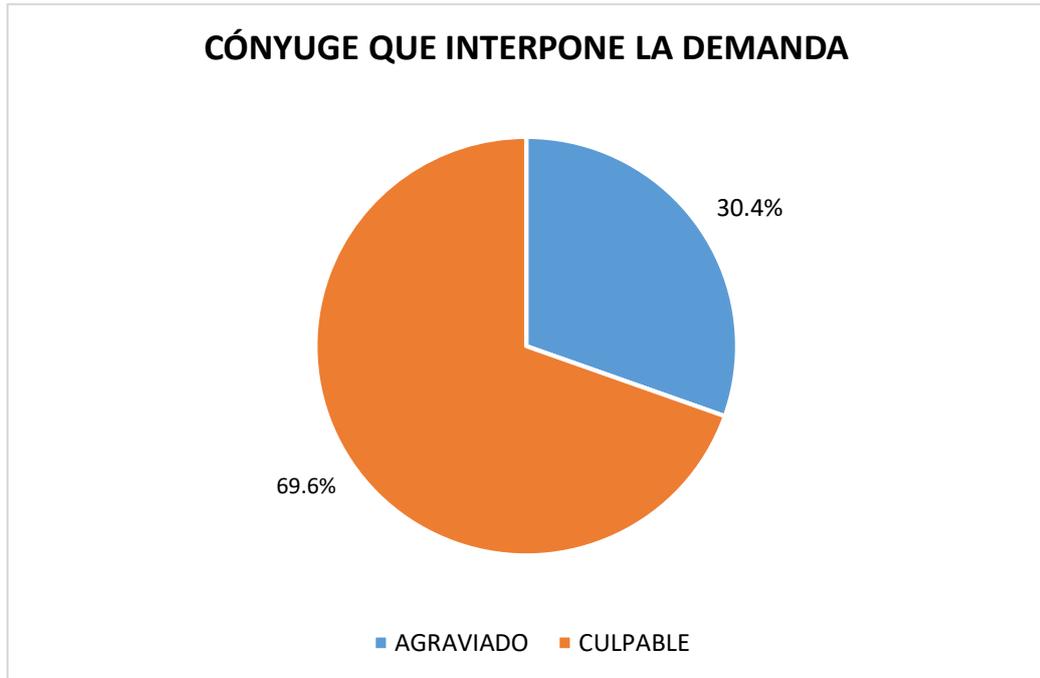
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

En cuanto al proceso judicial el 34.8% de los demandados se les declaró rebelde por no contestar la demanda dentro del plazo establecido; y el 65.2% de los demandados ejerció su derecho a defensa contestando la demanda interpuesta señalando que se declare infundada la demanda.

Es decir que el cónyuge agraviado no se encontraba de acuerdo con las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta por el cónyuge culpable, lo que se deduce que dicha causal no puede fundarse en hecho propio.

GRÁFICO N° 05



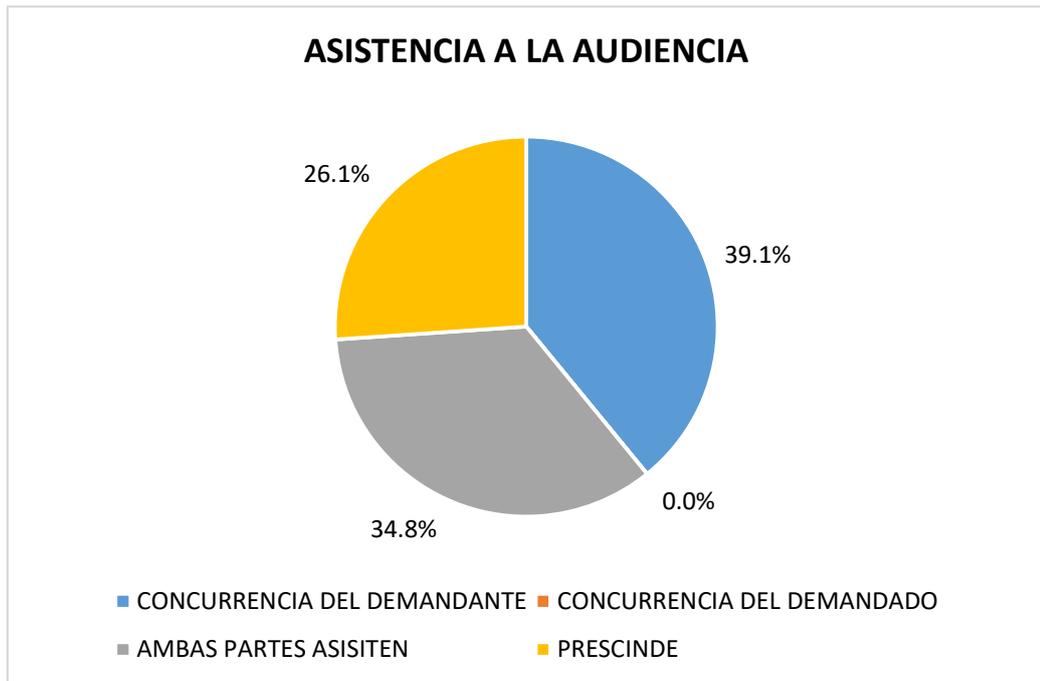
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

De los 23 expedientes de divorcio analizados por la causal de separación de hecho, sentenciados durante el año 2015 se obtuvo que el 69.6% de las demandas fue interpuesta por el cónyuge culpable (hombres); mientras que el restante (30.4%) fue interpuesto por el cónyuge agraviado (mujeres).

Lo que evidencia que es el Estado que propicia el divorcio, quebrantando el vínculo matrimonial, no protegiendo a la familia y premiando la irresponsabilidad del cónyuge culpable al invocar la causal de separación de hecho.

GRÁFICO N° 06

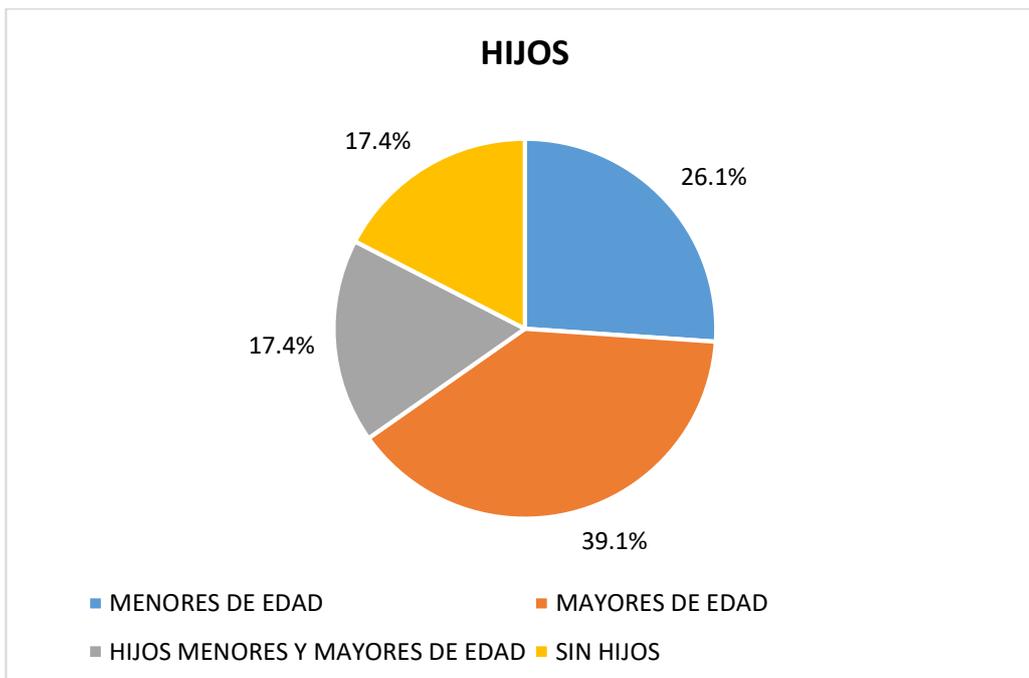


Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

Respecto a la asistencia a la audiencia en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho el 39.1% tuvo la concurrencia solo del demandante, mientras que el 34.8% concurren ambas partes; finalmente el 26.1% de los procesos de divorcio por la causal analizada no se llevó a cabo la audiencia de pruebas.

GRÁFICO N° 07



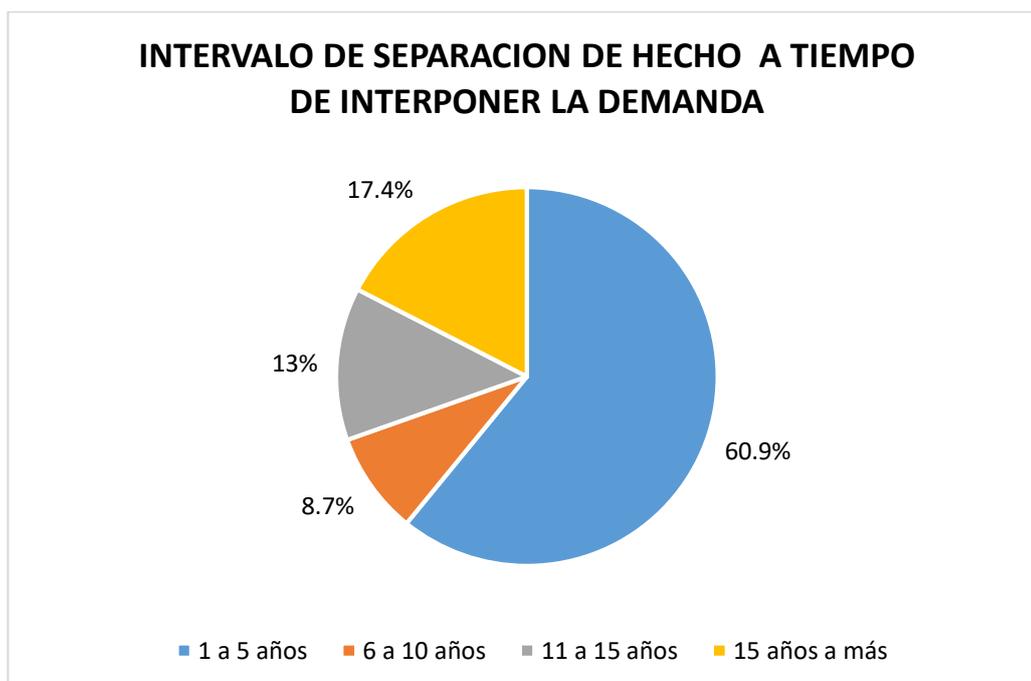
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

Los demandantes que iniciaron el proceso de divorcio invocando la causal de separación de hecho al momento de interponer la demanda el 26.1% de los cónyuges tenían hijos menores de edad; asimismo el 39.1% de las parejas matrimoniales tenían hijos mayores de edad; mientras que 17.4% de los matrimonios tenían hijos menores y mayores de edad; de igual manera el 17.4% de los cónyuges no procrearon hijos.

El 82.6% de las parejas conyugales procrearon hijos entre menores y mayores de edad, por lo que no se puede disolver de manera muy fácil el vínculo matrimonial invocando la causal de separación de hecho, invocada por el cónyuge culpable.

GRÁFICO N° 08



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

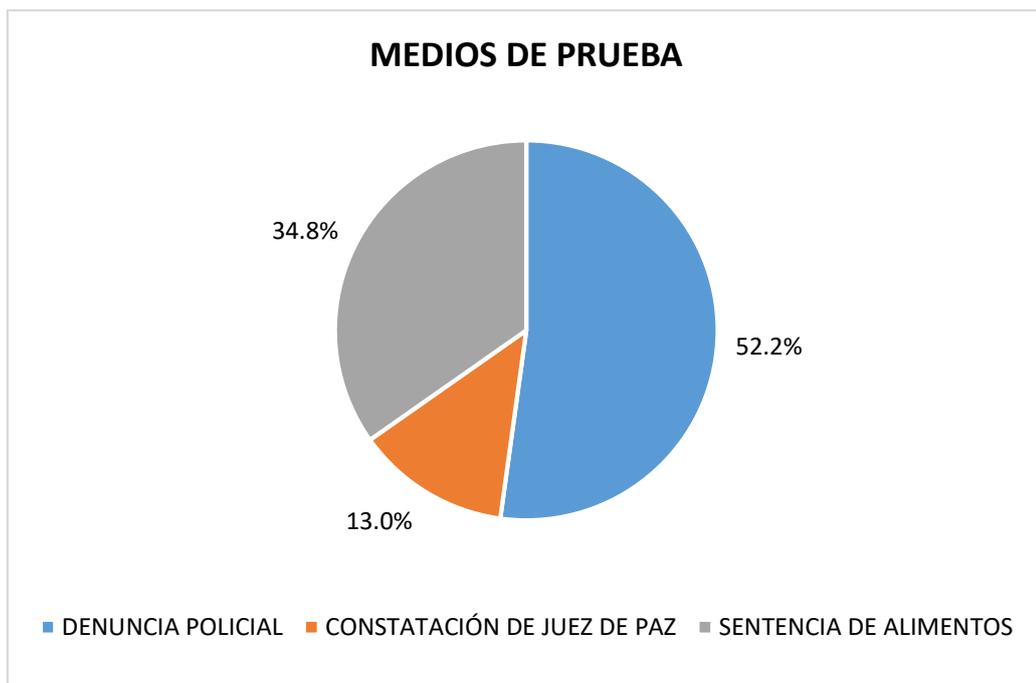
INTERPRETACIÓN:

Una vez de producido la separación de hecho por alguno de los cónyuges (agraviado o culpable) se recabó que:

- El 60.9% de los demandantes estuvo separado de hecho por un tiempo de 1 a 5 años.
- Así también el 8.7% de los demandantes estuvo separado de hecho por un lapso de 6 a 10 años.
- Mientras que el 13% de los cónyuges, tuvieron un intervalo de separación de hecho de 11 a 15 años.
- Finalmente el 17.4% de los demandantes estuvo separado de hecho antes de interponer la demanda de divorcio por más de 16 años.

Se determina que la causal de separación de hecho es un divorcio flexible por lo que la mayoría de los demandantes espera que se cumpla el tiempo de separación para invocar la causal antes mencionada, lo que evidencia que el Estado al incluir la causal de separación de hecho va en contra de la Constitución Política del Perú no protegiendo a la familia.

GRÁFICO N° 09

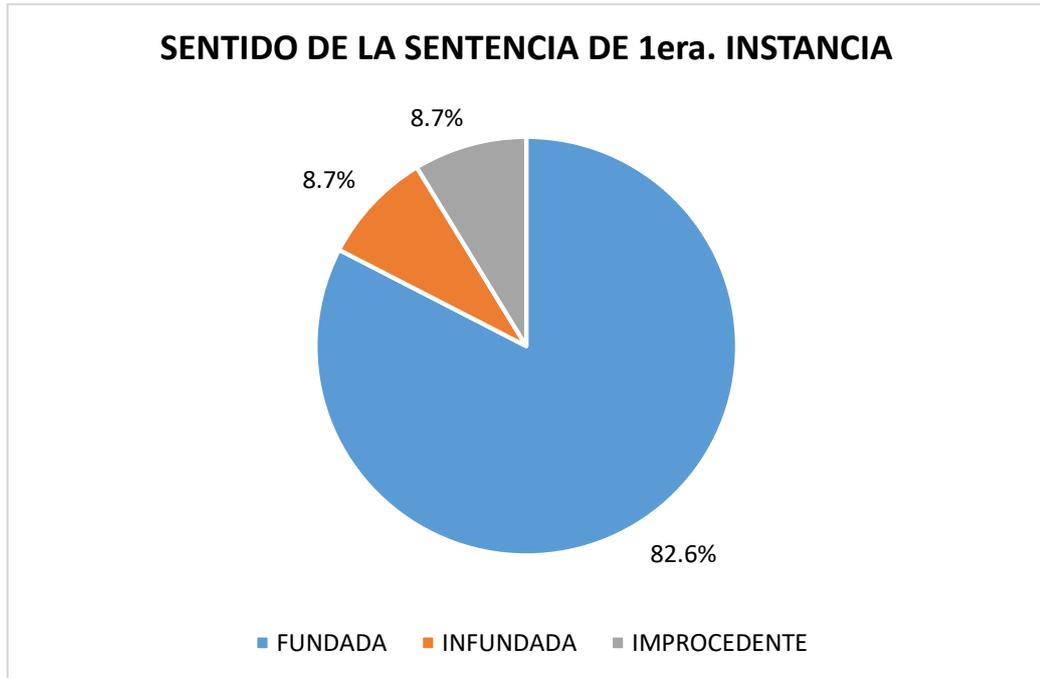


Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

De los 23 expedientes analizados de divorcio por la causal de separación de hecho, los demandantes utilizaron como medios probatorios denuncias policiales correspondiente al 52.2%; el 13% perteneciente a constataciones de juez de paz y un 34.8% de los demandantes utilizó como medio probatorio para la causal de separación de hecho sentencias de alimentos.

GRÁFICO N° 10

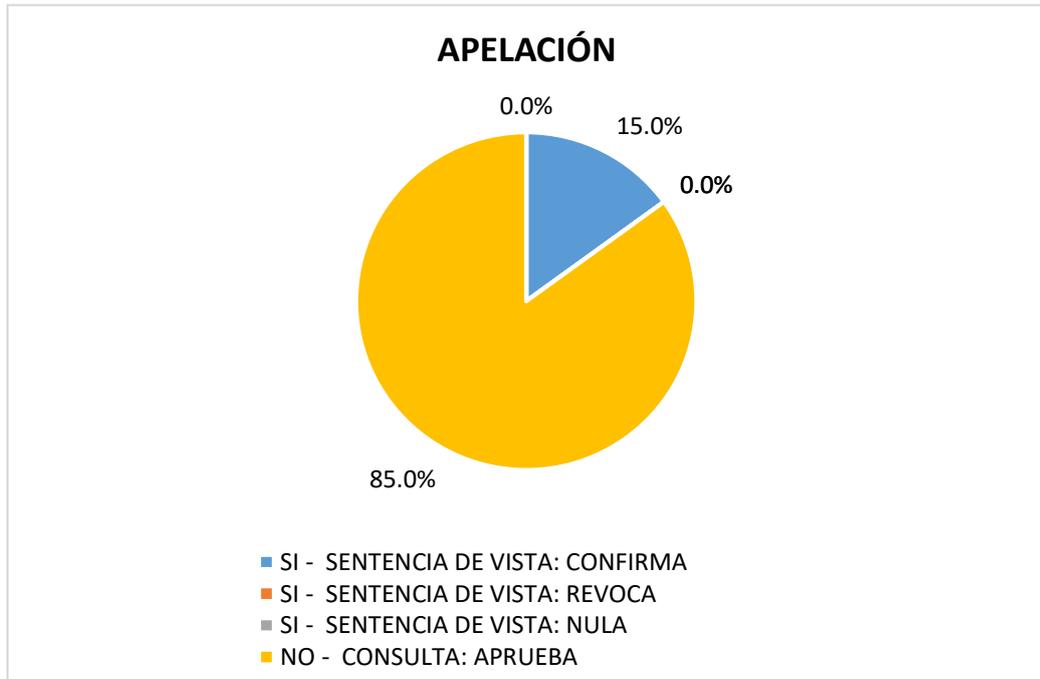


Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

Al expedirse la primera sentencia, de los 23 expedientes analizados, se pudo apreciar que el 82.6% de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho fueron fundadas; mientras que el 8.7% de los proceso de divorcio las declararon infundadas del mismo modo (8.7%) los proceso de divorcio las declararon improcedentes.

GRÁFICO N° 11



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

De los 54 expedientes de divorcio sentenciados durante el año 2015, los cuales fueron analizados 23 procesos, se obtuvo que al expedirse la primera sentencia, lo siguiente:

- El 15% de las sentencias fueron apeladas y al presentarse el recurso de apelación el expediente es remitido a la Sala Civil a fin de que sea revisada por el Órgano Judicial Superior, expidiendo resoluciones confirmando la apelada (primera sentencia).
- Del mismo modo el 85% de las sentencias que no fueron apeladas fueron elevadas en consulta al Órgano Judicial Superior, de acuerdo al artículo 359 del Código Civil, de las cuales al momento de resolver, todas las sentencias fueron aprobadas.

- Por tanto las sentencias que fueron apeladas ninguna fue revocada o declarada nula; asimismo de las sentencias que no fueron apeladas ninguna se declaró desaprobada.

GRÁFICO N° 12



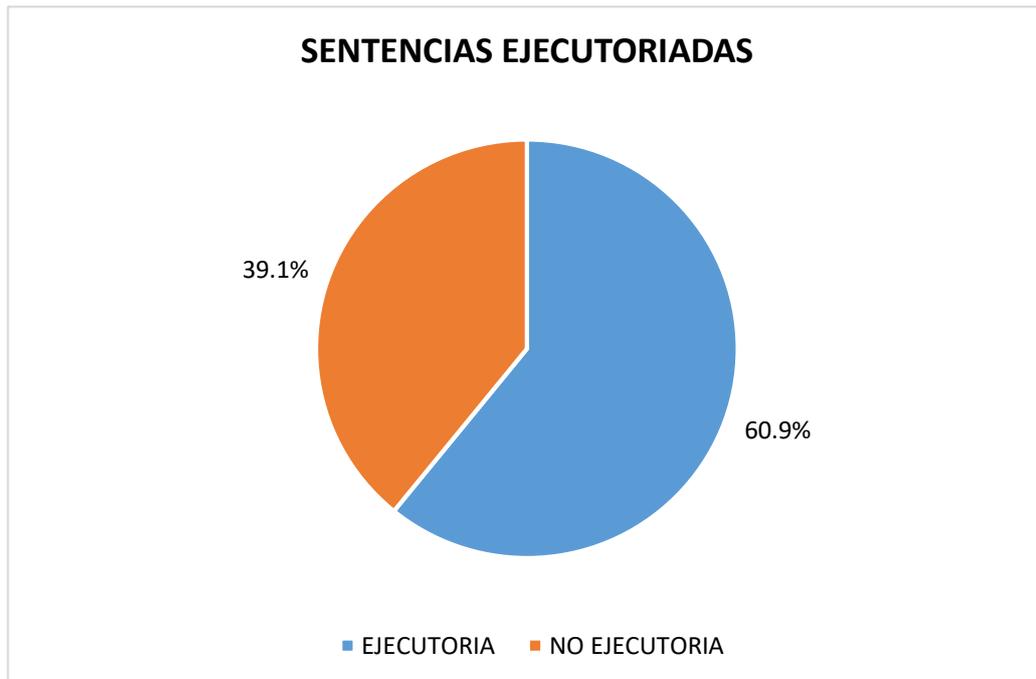
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

Expedidas las sentencias de vista, una de las partes (demandante y/o demandado) solicitó que las sentencias expedidas sean declaradas consentidas, esto correspondiendo al 87% de los expedientes de divorcio analizados.

Mientras que el 13% de los expedientes analizados no fueron declarados consentidas debido a que ninguna de las partes lo ha solicitado.

GRÁFICO N° 13



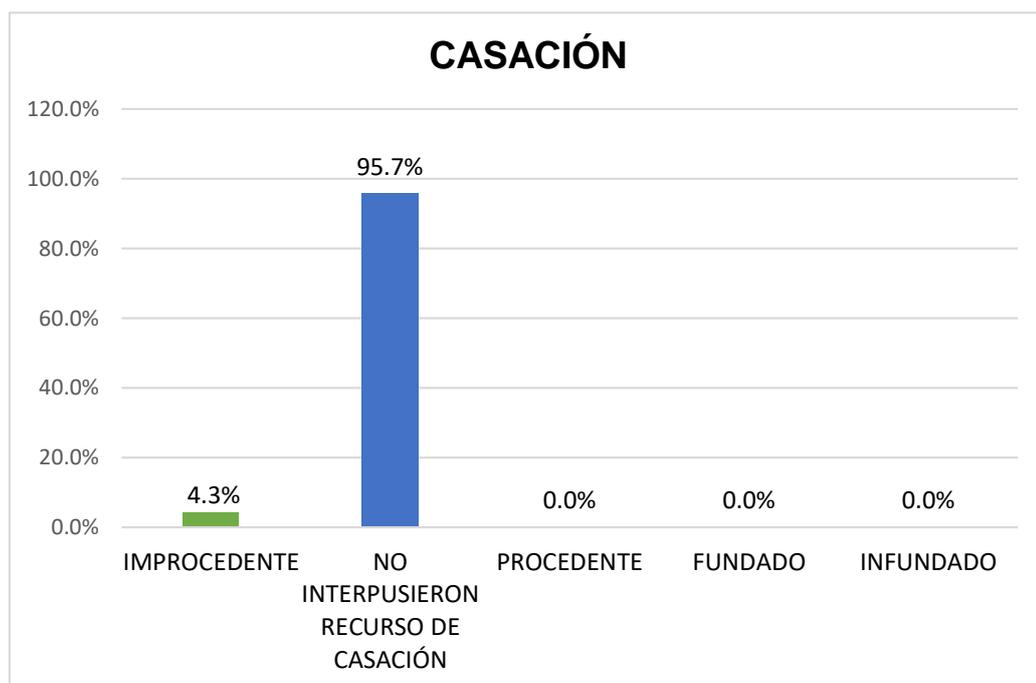
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

Solicitada por algunas de las partes que las sentencias expedidas sean consentidas, se pudo apreciar que el 60.9% de los expediente analizados, algunas de las partes (demandante y/o demandado) solicitaron que se lleve a cabo la ejecución de sentencia, a efecto de asegurar la eficacia real y práctica de las sentencias.

Mientras que al 39.1% de los expediente de divorcio por la causal se separación de hecho no solicitaron la ejecución de sentencia.

GRÁFICO N° 14



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo 2)

INTERPRETACIÓN:

En esta etapa se pudo recabar que el 95.7% de las sentencias de divorcio por la causal de separación de hecho, sentenciados durante el año 2015, no se han interpuesto recurso de casación; por otro lado el 4.3% de los divorcio por la causal se separación de hecho, se interpusieron recurso de casación, siendo declarados improcedentes.

CAPÍTULO V: COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

1. VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para la comprobación de nuestras hipótesis se ha tenido en cuenta que se está investigando casos no ordinarios en los que inciden los efectos de la variable independiente, por lo que no se pretende demostrar que la mayoría absoluta de los casos han corrido la suerte de las hipótesis planteadas, sino solamente la existencia de índices y proporciones significativas, para ello realizaremos la comprobación a través del Análisis Cualitativo en función de estadística descriptiva utilizando los porcentajes obtenidos para inferir de la información tabulada nuestra confirmación o rechazo de las hipótesis.

1.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1.1.1. VERIFICACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

“No es necesario que la causal de separación de hecho esté regulada por el Código Civil ya que existen otras causales de divorcio y no se puede permitir que el cónyuge fundamente su demanda en una causal en la que él mismo ha incurrido.”

Con los expedientes de divorcio analizados, sentenciados durante el año 2015, los cuales son 54 expedientes, perteneciente a los tres Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Tacna (Primer Juzgado Especializado de Familia, Segundo Juzgado Especializado de Familia y Primer Juzgado Transitorio Especializado de Familia), representado en el gráfico N° 01, con lo que se demuestra que con la incorporación de la causal de separación de hecho a nuestro Código Civil, se incrementó la invocación de dicha causal, debido a que el 43% de los demandantes utilizó la causal de separación de hecho, reflejándose así que de las trece causales de divorcio contempladas en nuestro Código Civil peruano, se utilizaron 6% por la causal de adulterio; 2% causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo; 2% perteneciente a la causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente

probada en proceso judicial y el 48% restante corresponde a la causal de separación convencional, después de transcurrido dos años de la celebración del matrimonio, asimismo cabe resaltar que 8 causales de divorcio no son invocadas por ninguno de los cónyuges, comprobándose que la causal de separación de hecho al ser una de las últimas causales incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, es la que permite el rompimiento del vínculo matrimonial de manera mucho más fácil.

Por otro lado se tiene el gráfico N°05, titulado cónyuge que interpone la demanda por la causal de separación de hecho, comprobándose que el 69.6% de las demandas analizadas fueron interpuestas por el cónyuge culpable, en su mayoría varones, dicho gráfico se convalida con el gráfico N°03, N°09, denominado motivos por la cuales se fundamentan las demandas y medios de pruebas ofrecidos en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho respectivamente, comprobándose que el 87% de los demandantes señaló que el motivo por el cual interponía la demanda de divorcio por la causal analizada era por el retiro del domicilio conyugal, utilizando como medio de pruebas en un 52.2% denuncia policial, 13% constatación de Juez de Paz y el 34.8% sentencia de alimentos, por tanto es el Estado que no puede permitir que un cónyuge culpable fundamente su demanda en un hecho que él mismo haya incurrido, ya que el Estado al incluir la causal de separación de hecho fomenta el divorcio no cumpliendo su rol constitucional de protección de la familia y promoción del matrimonio.

De los procesos de divorcio analizados por la causal de separación de hecho se pudo recabar que cuando el cónyuge culpable interponía la demanda de separación de hecho, el cónyuge agraviado ejercía su derecho a defensa contestando la demanda señalando que se declare infundada, como se puede apreciar del gráfico N° 04, titulado declaración de rebeldía, demostrándose que el 65.2% de los cónyuges demandados no se encontraba de

acuerdo con la demanda interpuesta, por tanto indica que la causal de separación de hecho no puede ser fundamentada por el cónyuge agraviado, menos aún si existen otras causales graves.

Al ser el Estado el protector de la familia y promotor del matrimonio no debe de permitir que el cónyuge culpable fundamente su demanda en la causal que haya incurrido, lo que trae como consecuencia el abandono moral a sus hijos, tal como se muestra en el gráfico N°07, denominado hijos, al momento de interponerse la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, el 82.6% de los cónyuges procrearon hijos, por lo que corresponde al 26.1% a hijos menores de edad, 39.1% hijos mayores de edad, 17.4% hijos menores y mayores de edad; con lo que se demuestra que el 82.6% de los matrimonios procrearon hijos y el Estado con la inclusión de la causal de separación de hecho facilita el quiebre de la unión familiar.

Por estas razones podemos afirmar que esta primera hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación, ya que no es necesario que la causal de separación de hecho esté regulada por el Código Civil ya que existen otras causales de divorcio y no se puede permitir que el cónyuge fundamente su demanda en una causal en la que él mismo ha incurrido.

1.1.2. VERIFICACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

“La ley propicia que los cónyuges se divorcien fácilmente sin embargo incumple el deber constitucional de promocionar el matrimonio debilitándolo, dando mayor facilidad a los cónyuges para que puedan divorciarse al invocar la causal de separación de hecho, sin tener en cuenta que esta causal se puede fundar en hecho propio por ende no protege a la familia.”

Con la incorporación de la causal de separación de hecho en el año 2001, los divorcios fueron aumentando, tal así como se demuestra de los expedientes sentenciados durante el año 2015, lo cuales fueron 54 expedientes por diferentes causales de divorcio, demostrándose con los gráficos N° 01, 03, 05, 08, 10, 11, 12, 13; que el 43% de los cónyuges demandantes invocó la causal de separación de hecho, motivando su demanda con el retiro del domicilio conyugal, añadiéndole que el quien interponía la demanda de separación de hecho era en mayoría el cónyuge culpable, verificándose que es la ley quien propicia que los cónyuges se divorcien fácilmente ya que el 60.9% de los cónyuges esperaba un lapso de separación de 1 a 5 años para interponer la demanda de divorcio por la causal analizada, es decir apenas se cumplía el lapso para solicitar el divorcio interponían la demanda, por tal motivo el 82.6% de los expedientes de divorcio por la causal de separación de hecho, 23 expedientes, fueron declarados fundadas y al no interponerse recurso de apelación, los expedientes fueron elevados en consulta al órgano judicial superior, de acuerdo al artículo 359 del Código Civil, siendo aprobadas y consentidas y posterior solicitaron la ejecutoria de sentencia.

Por esta razón podemos afirmar que esta segunda hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación, debido que es la ley propicia que los cónyuges se divorcien fácilmente sin embargo incumple el deber constitucional de promocionar el matrimonio debilitándolo, dando mayor facilidad a los cónyuges para que puedan divorciarse al invocar la causal de separación de hecho, sin tener en cuenta que esta casual se puede fundar en hecho propio, por ende no protege a la familia.

1.1.3. VERIFICACIÓN DE LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

“El Estado no protege a la familia ni promueve el matrimonio debido a la falta de políticas sociales para que las parejas matrimoniales se mantenga unidas en matrimonio ya que al incrementarse las causales de divorcio existen más posibilidades para que los cónyuges se divorcien fácilmente y sobre todo por la causal de separación de hecho sin importar si el demandante haya incurrido en dicha causal.”

Efectivamente el Estado no protege a la familia ni promueve el matrimonio ya que solo con el tiempo se van incrementando las causales de divorcio, actualmente 13 causales, y de las cuales es el Estado que promociona el divorcio, con la incorporación de nuevas causales tal como la causal de separación de hecho, causal más utilizada tal como se demuestra en el gráfico N° 01, no protegiendo a la familia matrimonial, ya que es fácil proponer un proyecto de ley debido a que no cuesta nada, pero invertir en políticas sociales en dar apoyo, terapias psicológicas a las parejas matrimoniales y así evitar que el núcleo fundamental de la sociedad se quiebre mediante las causales de divorcio, eso cuesta pero si en la mentalidad de nuestro legisladores está en no invertir, nunca se protegerá a la familia y es más fácil incrementar más causales de divorcio. Así también mediante el gráfico N° 06, se observa que el 26.1% de los cónyuges no asistieron a la audiencia de pruebas, y el juez debería de invitar a una reconciliación a las partes y brindándoles terapias psicológicas a través del equipo multidisciplinario adscritos a los Juzgados de familia; sin embargo el proceso continúa a fin de que se les declare la disolución del vínculo matrimonial hasta llevar a la etapa de ejecución de sentencia, tal como queda demostrado mediante el gráfico N° 13.

Por esta razón podemos afirmar que esta tercera hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación, por lo que el Estado no protege a la familia ni promueve el matrimonio debido a la falta de políticas sociales

para que las parejas matrimoniales se mantenga unidas en matrimonio ya que al incrementarse las causales de divorcio existen más posibilidades para que los cónyuges se divorcien fácilmente y sobre todo por la causal de separación de hecho sin importar si el demandante haya incurrido en dicha causal.

1.2. HIPÓTESIS GENERAL

1.2.1. VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

“La causal de separación de hecho va en contra de la Constitución Política del Perú debido a que esta protege a la familia y promueve el matrimonio, por lo tanto el Estado protege a la familia matrimonial y la causal de separación de hecho facilita el quiebre del vínculo matrimonial vulnerando el principio constitucional de protección de la familia sin importar que cónyuge la invoque, por tal motivo debe de derogarse la causal de separación de hecho.”

Comprobada las hipótesis anteriores, se concluye que la causal de separación de hecho va en contra de la Constitución Política del Perú, ya que como se ha mostrado en el gráfico N° 01, es la causal más invocada por los cónyuges culpables, por tanto no se cumple el rol constitucional de protección a la familia ni promoción del matrimonio, ya que no se fomentan las políticas sociales, sino la incorporación de las causales de divorcio, tal como la causal de separación de hecho y al ser esta una causal flexible de divorcio los matrimonios se ven afectados, por tal motivo dicha causal debe de derogarse y evitar que las familias matrimoniales se vean afectadas.

Por esta razón podemos afirmar que nuestra hipótesis general está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación y es la causal de separación de hecho va en contra de la Constitución Política del Perú debido a que esta protege a la familia y promueve el matrimonio, por lo tanto el Estado protege a la familia matrimonial y la causal de separación de hecho facilita el quiebre del vínculo matrimonial sin importar que el cónyuge

culpable la invoque, por tal motivo debe de derogarse la causal de separación de hecho.

CAPÍTULO VI: DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. DE LA NO NECESIDAD QUE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES SEA REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil establece 13 causales de divorcio de las cuales como se ha comprobado en los gráficos, solo se invocan 4 causales de divorcio y la causal que más se invoca aparte de la causal de separación convencional es la causal de separación de hecho de los cónyuges, ya que como se ha ido desarrollando, dicha causal es la más fácil de invocar ya que no necesita de mucha probanza, solo requiere probar el tiempo de separación de los cónyuges.

Por lo tanto con la regulación de la causal de separación de hecho de los cónyuges solo se necesita que alguno de los cónyuges se retire del hogar conyugal para luego invocar la causal en mención, y dicha causal puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges.

Como se ha visto en el presente trabajo de investigación la causal de separación de hecho de los cónyuges, esta es invocada sobre todo por el cónyuge culpable, es decir el Estado da un premio a la irresponsabilidad de dicho cónyuge, ya que deja de lado el artículo 335 del Código Civil, el cual prescribe que ningún cónyuge puede basar su pretensión en hecho propio, quedando demostrado que es el Estado quien da la salida rápida a los fracasos matrimoniales, haciendo que los divorcios sean cada vez más flexibles, no dándose una estabilidad a la vida conyugal.

Asimismo no es necesario que la causal hecho de separación de los cónyuges sea regulada por el Código Civil, ya que toda vez esta causal facilita el quiebre el vínculo matrimonial, sin embargo se ve que las otras causales de divorcio no son utilizadas por el mismo hecho de que son más difíciles de probar, y es el estado quien da la salida mucho más rápida para los proceso de divorcio.

2. DEL DEBER CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

El Estado debe de cumplir su rol constitucional de promoción del matrimonio, es decir en vez de proponer más causales de divorcio debe de preocuparse en resolver los problemas por las que atraviesan las familias matrimoniales, brindándoles apoyo, terapias y demás a fin de darle una protección a la familia.

Así también el Estado debe de promocionar el matrimonio, haciendo un llamado aquellas parejas que no están unidas en matrimonio a fin de que puedan consolidarse su familia en ella, ya que en el Perú la familia es jurídicamente válida con el matrimonio civil, por tanto el Estado en vez de incorporar causales de divorcio, que cada vez son mucho más fáciles de probanza, debe de dar promoción a que las familias que no estén unidas en matrimonio, se unan, ya que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y si tenemos una familia débil, destruida, también lo será el Estado por tanto para tener un mejor Estado, debemos de tener familias fuertes, con lazos bien reforzados, que sean capaces de superar los problemas que se presentan durante su vida conyugal.

3. DE LA FALTA DE POLÍTICAS SOCIALES

Ha quedado demostrado que es el Estado que no invierte en políticas sociales, ya que en sus proyecto de ley de incorporación de causales de divorcio se aprecia en al sección de “Costo – Beneficio: no generará ningún costo para el Estado (...)”, por lo tanto los legisladores no tienen presente en invertir en la familia, crean políticas sociales, como escuelas para padres, terapias para las parejas conyugales, etc.; con la finalidad de mantener unida en matrimonio a la familia y no se vea afectada por el fenómeno denominado divorcio.

Debemos de tener en cuenta que la familia al ser el núcleo fundamental de la sociedad debe de ser protegida por el Estado y debe de tener una regulación especial, que no permita que las familias matrimoniales se desintegren de una manera rápida.

Por tal motivo la falta de políticas sociales afecta gravemente a la familia matrimonial ya que el Estado solo se preocupa con incrementar las causales de divorcio, no teniendo presente que no incluyen programas de fortalecimiento familiar, programas de crecimiento familiar, etc.; con una mejor atención de políticas sociales por parte del Estado tendremos una familia que no se verá afectada muy fácilmente por el divorcio, que es un fenómeno que ataca a muchas parejas matrimoniales.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA:

No es necesario que la causal de separación de hecho esté regulada por el Código Civil ya que existen otras causales de divorcio y no se puede permitir que el cónyuge fundamente su demanda en una causal en la que él mismo ha incurrido.

SEGUNDA:

La ley propicia que los cónyuges se divorcien fácilmente sin embargo incumple el deber constitucional de promocionar el matrimonio debilitándolo, dando mayor facilidad a los cónyuges para que puedan divorciarse al invocar la causal de separación de hecho, sin tener en cuenta que esta casual se puede fundar en hecho propio por ende no protege a la familia.

TERCERA:

El Estado no protege a la familia ni promueve el matrimonio debido a la falta de políticas sociales para que las parejas matrimoniales se mantenga unidas en matrimonio ya que al incrementarse las causales de divorcio existen más posibilidades para que los cónyuges se divorcien fácilmente y sobre todo por la causal de separación de hecho sin importar si el demandante haya incurrido en dicha causal.

CUARTA:

La causal de separación de hecho va en contra de la Constitución Política del Perú debido a que esta protege a la familia y promueve el matrimonio, por lo tanto el Estado protege a la familia matrimonial y la causal de separación de hecho facilita el quiebre del vínculo matrimonial sin importar qué cónyuge la invoque.

RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Se recomienda la modificación de la actual regulación jurídica de las Causales de Divorcio, en el sentido de la derogación de la Causal de Separación de Hecho, y evitar que los cónyuges culpables fundamenten su demanda en hecho propio debido a que la mayoría de las demandas fue invocada por varones y al admitirles la demanda de separación de hecho, es como un premio que el Estado le da a un cónyuge por su mal actuar, no teniendo en cuenta que debe de asumir la responsabilidad con su cónyuge y sus hijos.

SEGUNDA:

El Estado debe de enfocarse en crear políticas sociales a fin de dar apoyo a las familias y se mantengan unidas en matrimonio y no recurran al divorcio como única solución ante el fracaso matrimonial y aquellas parejas que no hayan contraído matrimonio, sea el Estado que cumpla el rol constitucional de proteger a la familia y promover el matrimonio, resultando así la estabilidad en las familias.

**PROYECTO DE LEY QUE DEROGA PARCIALMENTE LA LEY N° 27495, QUE
INCORPORÓ EL INCISO 12 (SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES)
AL ARTÍCULO 333 DEL CÓDIGO CIVIL.**

PROPUESTA LEGISLATIVA

Artículo 1°. Objeto de la Ley

La presente iniciativa legislativa tiene por objeto derogar parcialmente la Ley N° 27495, que incorporó el inciso 12 (separación de hecho de los cónyuges) al artículo 333 del Código Civil.

Artículo 2°. De la Derogatoria

Derogase parcialmente la Ley N° 27495, que incorporó el inciso 12 (separación de hecho de los cónyuges) al Artículo 333 del Código Civil.

**Artículo 3°. Encárguese las competencias al Ministerio de Justicia y
Derechos Humanos**

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se hará cargo de las competencias y funciones de la modificación del Código Civil.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.-Normas legales derogadas

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, quedan derogadas todas las normas legales, que se opongan a la presente Ley.

I. EXPOSICION DE MOTIVOS

La Constitución Política del Perú en su artículo 4, hace mención que: “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio.” Por tanto estamos ante un Estado que debe de proteger a una familia matrimonial, es por ello que la Ley N° 27495, Ley que incorpora la causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; y la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335º; contraviene con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, debido a que el Estado con la incorporación de dicha causal no protege a la familia ni promueve el matrimonio, ya que con el transcurso de los años ha aumentado las causales de divorcio y con la probabilidad de que en los próximos años las causales sigan incrementándose.

Asimismo el problema de la causal de separación de hecho no solo va en torno en la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, sino que dicha causal puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, sobre todo por el cónyuge culpable, un cónyuge que funda su demanda en hecho propio, siendo el Estado el principal promotor del divorcio flexible, premiando la irresponsabilidad del cónyuge culpable.

Con la inclusión de la causal de separación de hecho se permite que el cónyuge culpable invoque dicha causal, fundando su demanda en hecho propio, así también encontramos en el artículo 335 en el Código Civil (Hecho propio), el cual no permite que el cónyuge culpable invoque una causal de divorcio, sin embargo con la inclusión de la causal antes mencionada deja de lado el artículo en mención (335) y se comprueba nuevamente que es el Estado quien no protege a la familia matrimonial.

Se debe de tener en cuenta que la sociedad y el Estado están obligados por mandato constitucional a proteger a la familia y la promoción del matrimonio, por tal motivo se habla de una familia matrimonial, es por ello que el Estado no puede estar incrementando causales de divorcio para que una familia matrimonial ante el primer fracaso que tengan recurran al divorcio como única solución, así también otra de las consecuencias que produce la incorporación de las causales de

divorcio es que los matrimonios se tomen de manera aventurada con la mentalidad de que existe un fenómeno denominado divorcio que solucionará los fracasos matrimoniales.

Debemos de recordar que el artículo 332 (Separación de cuerpos) del Código Civil no siempre debe de ir asociado con el divorcio ya que es una etapa de reflexión para que los cónyuges puedan solucionar sus problemas y puedan continuar con su vida matrimonial.

Finalmente el Estado debe de enfocarse en crear políticas sociales a fin de fortalecer a la familia matrimonial y aquellas familias que no están unidas en matrimonio hacerle un llamado a que se consoliden en ella, ya que en el Perú la familia jurídicamente válida empieza con el matrimonio civil.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley no ocasiona costo alguno al Estado Peruano. Los beneficios de la presente norma se traducirán en que los cónyuges culpables no puedan fundamentar una causal en hecho propio, es decir el Estado no puede permitir que haya divorcios flexibles ya que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tener una familia flexible, lo será también el Estado y no se tendrá una base sólida.

III. EFECTOS DEL PROYECTO SOBRE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La iniciativa legislativa que se plantea, deroga parcialmente la Ley N° 27495, que incorporó el inciso 12 (separación de hecho de los cónyuges) al artículo 333 del Código Civil, dando mayor protección a la familia matrimonial para que sus lazos no se vean afectados por la invocación de la causal en mención.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ OLAZABAL, Elvira María. “Separación de Hecho e Imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio. ¿Permisividad o solución?. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho. Unidad de Post Grado. Lima – Perú. 2006.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Derecho de Familia”. Editorial Ediciones Legales 2013. Lima – Perú.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. “La Familia en el Código Civil Peruano”. Ediciones Leales. Lima – Perú. Enero 2010
- BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. “Manual de Derecho de Familia”. Ediciones Jurídicas. 2006. Lima – Perú. p. 16.
- BERMUDEZ TAPIA, Manuel Alexis. “Divorcio y Separación de Cuerpos”. Editorial Grijley. Primera edición. Lima – Perú.
- BORDA, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil – Familia”. Editorial Abeledo Perrot 1993. Tomo I.
- BOSSERT Gustavo A. y ZANNONI Eduardo A. “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea. Sexta edición 2004. Buenos Aires – Argentina.
- CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. Divorcio ¿Remedio en el Perú?. Disponible en <<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6528/6609>>>.
- CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. “Las Nuevas Causales de Divorcio en Discusión: ¿Divorcio Remedio en el Perú?”. Alojado en el Repositorio de la Corte Suprema de la República. Disponible en<<http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C402_%20nuevas_causales_divorcio_210208.pdf>>.
- CALISAYA MÁRQUEZ, Ángel A. “El Divorcio en la legislación Doctrina y Jurisprudencia – Causales, proceso y garantías”. Gaceta Civil y Procesal Civil. Editorial El Búho. Primera Edición Setiembre 2013. Lima – Perú.

- CARDENAS RODRIGUEZ, Luis. “El Divorcio en la legislación Doctrina y Jurisprudencia – Causales, proceso y garantías”. Gaceta Civil y Procesal Civil. Editorial El Búho. Primera Edición setiembre 2013. Lima – Perú.
- CASTILLO FREYRE Mario y TORRES MALDONADO Marco Andrei. “El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia – Causales, Proceso y Garantías”. Editorial El Búho. Lima – Perú.
- Cas. N° 2262 – Huaura, 25/05/2011, El Peruano, 03/11/2011
- CHIABRA VALERA, María Cristina. “El Divorcio en la legislación Doctrina y Jurisprudencia – Causales, proceso y garantías”. Gaceta Civil y Procesal Civil. Editorial El Búho. Primera Edición setiembre 2013. Lima – Perú.
- DIAZ VALDIVIA Héctor y ZANABRIA OJEDA Rina. “Derecho de Familia (2011)”. Universidad Nacional de San Agustín – Facultad de Derecho. Arequipa – Perú.
- DAVILA BENDEZU, Wendy. “Divorcio por Causal de Separación de Hecho”. Alojado en el sitio web de Resultado Legal. Disponible en <<<http://resultadolegal.com/divorcio-por-separacion-de-hecho-2/>>>.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho y Persona: Introducción a la Teoría del Derecho. 4ta. Edición Grijley. Lima – Perú. 2001.
- MENDIZABAL ANTICONA, Walter Jorge. “Separación de Hecho. Ley 27495”. Alojado en el Blog Derecho de Familia. Disponible en <<<http://derechofamiliadued10.blogspot.pe/2012/04/separacion-de-hecho-ley-27495.html>>>.
- MIRANDA CANALES, Manuel. “Nuevas causales de la Separación de Cuerpos y del Divorcio incorporados por la Ley 27495” [En línea]. Disponible en la página web del Poder Judicial del Perú <<http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C403_nuevas_causales_separacion_cuerpos_210208.pdf>>.
- MONTOYA CALLE, Mariano. “Matrimonio y Separación de Hecho”. Editorial San Marcos. Primera Edición 2006. Lima – Perú.

- LEPIN MOLINA, Cristian. Los Nuevos Principios de Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado. Disponible en <<
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001>>
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Código Civil Comentado”. Editorial Gaceta Jurídica – Tomo II. 2003.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Divorcio. Primera edición – Octubre 2001. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “La Constitución Comentada”. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo I. Primera Edición diciembre 2005. Lima – Perú.
- PERALTA ANDIA, Javier Rolando. “Derecho de Familia en el Código Civil”. Segunda edición. Enero 1995. Editorial IDEMSA.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil”. Editorial El Búho. Gaceta Jurídica S.A. octubre 2008. Lima – Perú.
- Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. “Divorcio en la Legislación Nacional”. Disponible en el Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú <<
http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/7137/divorcio_jurisprudencia_cap01.pdf?sequence=7>>
- SALVADOR BEJARANO, Collins. “El Divorcio en el Perú – Tipos de Divorcios, Ley, Requisitos y Trámites. Alojado en la página web de la Corporación Peruana de Abogados. Disponible en <<
<http://www.divorciosporinternet.com/divorcio-en-peru>>>
- SUAREZ FARFAN, Ana Victoria. “¡Divorciarme! ¿Por la Causal de Separación o Abandono de Hecho? Una Aproximación a la Incompatibilidad Normativa Generada por la Causal de Separación de Hecho Introducida a Nuestra Lista Taxativa de Causales de Divorcio” [En línea]. Disponible en la página web Derecho Virtual <<<http://derechovirtual.com/index.php?id=59>>>.

- TERESA CORNEJO, María Teresa. “Matrimonio y Familia su Tratamiento en el Derecho”. Editorial Tercer Milenio S. A. Lima – Perú 2000.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Código Civil”. Tomo I. Octava edición - julio 2016. Editorial Moreno S.A. Lima – Perú.

ANEXOS

ANEXO N° 01

FICHA DE OBSERVACIÓN DE EXPEDIENTES DE DIVORCIO DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA SENTENCIADOS EN EL AÑO 2016

FICHA DE OBSERVACIÓN DE EXPEDIENTES DE DIVORCIO DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA SENTENCIADOS EN EL AÑO 2015														
N°	N° DE EXPEDIENTE	CAUSALES INVOCADAS												
		1. Adulterio.	2. Violencia física o psicológica, que el juez apreciara según las circunstancias.	3. Abandono contra la vida del cónyuge.	4. La fuerza grave, que la insoportable la vida en común.	5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de seis años consecutivos o cuando la duración o sumada de los períodos de abandono exceda a	6. La conducta del cónyuge que insoportable la vida en común.	7. El uso habitual e injustificado de drogas, alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 517.	8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.	9. La homosexualidad sostenida en el matrimonio.	10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.	11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.	12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuvieron hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.	13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
1	1912-2013-0-2301-JR-FC-01													
2	2313-2010-0-2301-JR-FC-01													
3	2081-2011-0-2301-JR-FC-01					1								
4	207-2014-0-2301-JR-FC-01													
5	1236-2014-0-2301-JR-FC-01													
6	1668-2012-0-2301-JR-FC-01													
7	1328-1998-0-2301-JR-FC-01													
8	1486-2014-0-2301-JR-FC-01													
9	1083-2013-0-2301-JR-FC-01	1												
10	2174-2012-0-2301-JR-FC-01													
11	925-2010-0-2301-JR-FC-01													
12	756-2014-0-2301-JR-FC-01													
13	2106-2013-0-2301-JR-FC-01													
14	887-2010-0-2301-JR-FC-01													
15	501-2014-0-2301-JR-FC-01													
16	403-2014-0-2301-JR-FC-01													
17	1206-2014-0-2301-JR-FC-01													
18	50-2013-0-2301-JR-FC-01													
19	2741-2014-0-2301-JR-FC-01													
20	2403-2010-0-2301-JR-FC-01													
21	402-2014-0-2301-JR-FC-01													
22	242-2012-0-2301-JR-FC-02													
23	1396-2014-0-2301-JR-FC-02													
24	1327-2014-0-2301-JR-FC-02													
25	462-2010-0-2301-JR-FC-02													
26	2123-2010-0-2301-JR-FC-02													
27	2249-2012-0-2301-JR-FC-02	1												
28	778-2013-0-2301-JR-FC-02													
29	2286-2013-0-2301-JR-FC-03													
30	1837-2007-0-2301-JR-FC-02													
31	2388-2013-0-2301-JR-FC-02													
32	186-2013-0-2301-JR-FC-02													
33	2686-2014-0-2301-JR-FC-01													
34	184-2014-0-2301-JR-FC-01													
35	2303-2013-0-2301-JR-FC-01													
36	933-2013-0-2301-JR-FC-01													
37	187-2013-0-2301-JR-FC-01													
38	2948-2013-0-2301-JR-FC-01													
39	1308-2014-0-2301-JR-FC-01													
40	2982-2013-0-2301-JR-FC-01													
41	2413-2014-0-2301-JR-FC-01													
42	1789-2013-0-2301-JR-FC-01													
43	2542-2013-0-2301-JR-FC-01													
44	1790-2014-0-2301-JR-FC-01													
45	1417-2013-0-2301-JR-FC-01													
46	236-2013-0-2301-JR-FC-01													
47	1209-2014-0-2301-JR-FC-01													
48	93-2014-0-2301-JR-FC-01													
49	267-2013-0-2301-JR-FC-01													
50	1326-2014-0-2301-JR-FC-01													
51	2617-2012-0-2301-JR-FC-01													
52	76-2014-0-2301-JR-FC-01	1												
53	1209-2014-0-2301-JR-FC-01													
54	928-2013-0-2301-JR-FC-01													
		CAUSALES INVOCADAS												
		1. Adulterio.	2. Violencia física o psicológica, que el juez apreciara según las circunstancias.	3. Abandono contra la vida del cónyuge.	4. La fuerza grave, que la insoportable la vida en común.	5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de seis años consecutivos o cuando la duración o sumada de los períodos de abandono exceda a	6. La conducta del cónyuge que insoportable la vida en común.	7. El uso habitual e injustificado de drogas, alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 517.	8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.	9. La homosexualidad sostenida en el matrimonio.	10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.	11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.	12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuvieron hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el	13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
		6%	0%	0%	0%	2%	0%	0%	0%	0%	2%	43%	48%	
		3	0	0	0	1	0	0	0	0	1	23	26	

ANEXO N° 02

ANEXO N° 03

MATRIZ GENERAL DEL PROYECTO

PREGUNTAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INSTRUMENTOS
<p>Principal ¿De qué manera la causal de divorcio: separación de hecho en el Código Civil vulnera el principio constitucional de protección de la familia y promoción del matrimonio y si debe de derogarse dicha causal?</p>	<p>General Determinar de qué manera la causal de separación de hecho va en contra del principio constitucional de protección de la familia y promoción del matrimonio y si se debe de derogar la causal en mención.</p>	<p>General La causal de separación de hecho va en contra de la Constitución Política del Perú debido a que esta protege a la familia y promueve el matrimonio, por lo tanto el Estado protege a la familia matrimonial y la causal de separación de hecho facilita el quiebre del vínculo matrimonial vulnerando el principio constitucional de protección de la familia sin importar que cónyuge la invoque, por tal motivo debe de derogarse la causal de separación de hecho.</p>	<p>Variable Independiente (A): Es necesario que en el Código Civil se regule la causal de separación de hecho.</p> <p>Variable Dependiente (B): La causal de separación de hecho vulnera el principio de protección familiar consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN La presente investigación es aplicada debido a que se busca una solución al problema para que la causal de divorcio de separación de hecho no se fundamente en hecho propio, debido a que la ley propicia que las personas puedan divorciarse más rápido tomando al matrimonio de manera aventurada e irresponsable.</p> <p>Asimismo se utilizó la investigación básica lo cual ayudó a comprender el tema de investigación; para ello se utilizó el Método Documental, el cual nos permitió indagar más sobre el análisis que se le ha dado a los temas que abarcamos, durante la historia para tener una base sólida.</p> <p>Se utilizó el método Empírico, ya que a través de este método se recopiló la información directa del problema, el cual se revisó los expedientes en los que los demandantes invocaron la causal de separación de hecho.</p>
<p>Sub preguntas (secundarias) ¿Es necesario que el Código Civil regule como causal de divorcio, la separación de hecho si existen otras causales de divorcio?</p>	<p>Específicos Determinar si es necesario que el Código Civil peruano regule como causal de divorcio la separación de hecho existiendo otras causales de divorcio.</p>	<p>Específicas No es necesario que la causal de separación de hecho esté regulada por el Código Civil ya que existen otras causales de divorcio y no se puede permitir que el cónyuge fundamente su demanda en una causal en la que él mismo ha incurrido.</p>	<p>Variable Independiente (A): La causal separación de hecho debilita la institución del matrimonio.</p> <p>Variable Dependiente (B): Se debilita la institución del matrimonio por la causal de separación de hecho ya que esta se sustenta en hecho propio.</p>	<p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN La presente investigación es de nivel descriptivo porque nos permitió poner en evidencia las características del problema, mostramos las peculiaridades del problema demostrando que la causal de separación de hecho es una de las causales más invocadas, facilitando la disolución del vínculo matrimonial.</p> <p>Nivel explicativo debido a que la finalidad de trabajar con las fuentes de origen, empírico, y ámbito, práctico,</p>

<p>¿El Código Civil propicia el rompimiento del vínculo matrimonial y atenta contra la institución del matrimonio mediante la inclusión de la causal de separación de hecho no observando que el matrimonio está protegido por la Constitución?</p>	<p>Precisar si existe contradicción entre la ley que protege a la familia y promueve el matrimonio y la ley que atenta contra la institución del matrimonio.</p>	<p>La ley propicia que los cónyuges se divorcien fácilmente sin embargo incumple el deber constitucional de promocionar el matrimonio debilitándolo, dando mayor facilidad a los cónyuges para que puedan divorciarse al invocar la causal de separación de hecho, sin tener en cuenta que esta causal se puede fundar en hecho propio por ende no protege a la familia.</p>	<p>Variable Independiente (A): La ley propia que los cónyuges se divorcien fácilmente.</p> <p>Variable Dependiente (B): La ley permite el rompimiento del vínculo matrimonial facilitando el divorcio.</p>	<p>se pudo averiguar la causa del problema ya que se examinó los expedientes de divorcio por la causal que se investiga.</p> <p>INSTRUMENTOS El instrumento a emplearse fue la ficha de observación de expedientes, por la cual se orientó el control de los datos y características que recabamos de la población, así como su anotación, de modo que el análisis de éstos nos permitió la consecución del fin de la presente investigación. Por lo tanto la guía va a consistir en un esquema organizado donde se consignó todas las variables buscadas y las posibles relaciones entre ellas.</p>
<p>¿Es el Estado es el principal promotor que protege a la familia matrimonial a través de políticas sociales?</p>	<p>Determinar si el Estado protege solo a la familia matrimonial con la finalidad de cumplir su rol promotor del matrimonio establecido en la Constitución.</p>	<p>El Estado no protege a la familia ni promueve el matrimonio debido a la falta de políticas sociales para que las parejas matrimoniales se mantenga unidas en matrimonio ya que al incrementarse las causales de divorcio existen más posibilidades para que los cónyuges se divorcien fácilmente y sobre todo por la causal de separación de hecho sin importar si el demandante haya incurrido en dicha causal.</p>	<p>Variable Independiente (A): La falta de protección y promoción del matrimonio por parte del Estado ya que en la Constitución el Estado protege la familia y promueve el matrimonio por tanto protege la familia.</p> <p>Variable Dependiente (B): Se recurre al órgano jurisdiccional con la finalidad de que se disuelva el vínculo matrimonial.</p>	<p>ESCALA DE MEDICION CRITERIOS DE INCLUSIÓN: Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de la población antes mencionadas, es la siguiente: -Expedientes judiciales sentenciados de procesos de divorcio en la que los demandantes hayan fundamentado su demanda invocando la causal de Separación de hecho comprendido durante el año 2015.</p> <p>CRITERIOS DE EXCLUSIÓN: Los criterios de exclusión a tomar en cuenta para la selección de las muestras son los siguientes: -Expedientes judiciales de procesos de divorcio por otras causales de divorcio que no sea la causal de separación de hecho.</p>

ANEXO N° 04

**PROYECTO DE LEY QUE DEROGA PARCIALMENTE LA LEY N° 27495, QUE
INCORPORÓ EL INCISO 12 (SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES)
AL ARTÍCULO 333 DEL CÓDIGO CIVIL.**

PROPUESTA LEGISLATIVA

Artículo 1°. Objeto de la Ley

La presente iniciativa legislativa tiene por objeto derogar parcialmente la Ley N° 27495, que incorporó el inciso 12 (separación de hecho de los cónyuges) al artículo 333 del Código Civil.

Artículo 2°. De la Derogatoria

Derogase parcialmente la Ley N° 27495, que incorporó el inciso 12 (separación de hecho de los cónyuges) al Artículo 333 del Código Civil.

**Artículo 3°. Encárguese las competencias al Ministerio de Justicia y
Derechos Humanos**

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se hará cargo de las competencias y funciones de la modificación del Código Civil.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.-Normas legales derogadas

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, quedan derogadas todas las normas legales, que se opongan a la presente Ley.

I. EXPOSICION DE MOTIVOS

La Constitución Política del Perú en su artículo 4, hace mención que: “La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio.” Por tanto estamos ante un Estado que debe de proteger a una familia matrimonial, es por ello que la Ley N° 27495, Ley que incorpora la causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; y la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335º; contraviene con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, debido a que el Estado con la incorporación de dicha causal no protege a la familia ni promueve el matrimonio, ya que con el transcurso de los años ha aumentado las causales de divorcio y con la probabilidad de que en los próximos años las causales sigan incrementándose.

Asimismo el problema de la causal de separación de hecho no solo va en torno en la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, sino que dicha causal puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, sobre todo por el cónyuge culpable, un cónyuge que funda su demanda en hecho propio, siendo el Estado el principal promotor del divorcio flexible, premiando la irresponsabilidad del cónyuge culpable.

Con la inclusión de la causal de separación de hecho se permite que el cónyuge culpable invoque dicha causal, fundando su demanda en hecho propio, así también encontramos en el artículo 335 en el Código Civil (Hecho propio), el cual no permite que el cónyuge culpable invoque una causal de divorcio, sin embargo con la inclusión de la causal antes mencionada deja de lado el artículo en mención (335) y se comprueba nuevamente que es el Estado quien no protege a la familia matrimonial.

Se debe de tener en cuenta que la sociedad y el Estado están obligados por mandato constitucional a proteger a la familia y la promoción del matrimonio, por tal motivo se habla de una familia matrimonial, es por ello que el Estado no puede estar incrementando causales de divorcio para que una familia matrimonial ante el primer fracaso que tengan recurran al divorcio como única solución, así también otra de las consecuencias que produce la incorporación de las causales de

divorcio es que los matrimonios se tomen de manera aventurada con la mentalidad de que existe un fenómeno denominado divorcio que solucionará los fracasos matrimoniales.

Debemos de recordar que el artículo 332 (Separación de cuerpos) del Código Civil no siempre debe de ir asociado con el divorcio ya que es una etapa de reflexión para que los cónyuges puedan solucionar sus problemas y puedan continuar con su vida matrimonial.

Finalmente el Estado debe de enfocarse en crear políticas sociales a fin de fortalecer a la familia matrimonial y aquellas familias que no están unidas en matrimonio hacerle un llamado a que se consoliden en ella, ya que en el Perú la familia jurídicamente válida empieza con el matrimonio civil.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley no ocasiona costo alguno al Estado Peruano. Los beneficios de la presente norma se traducirán en que los cónyuges culpables no puedan fundamentar una causal en hecho propio, es decir el Estado no puede permitir que haya divorcios flexibles ya que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tener una familia flexible, lo será también el Estado y no se tendrá una base sólida.

III. EFECTOS DEL PROYECTO SOBRE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La iniciativa legislativa que se plantea, deroga parcialmente la Ley N° 27495, que incorporó el inciso 12 (separación de hecho de los cónyuges) al artículo 333 del Código Civil, dando mayor protección a la familia matrimonial para que sus lazos no se vean afectados por la invocación de la causal en mención.

ANEXO N° 05

PROYECTO DE LEY QUE CREA EL PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO FAMILIAR

Artículo 1°. Objeto de la Ley

La presente iniciativa legislativa tiene por objeto crear el programa de fortalecimiento dando cumplimiento a la norma constitucional, artículo 4, protección de la familia y promoción del matrimonio.

Artículo 3°. Encárguese las competencias a los Gobiernos Regionales y Locales

Los Gobiernos regionales y Locales se hará cargo de las competencias y funciones para la creación del programa de fortalecimiento familiar.

I. EXPOSICION DE MOTIVOS:

El presente programa de fortalecimiento familiar se da en base al principio constitucional de protección a la familia, desarrollándose de la siguiente manera:

1. OBJETIVO:

El Estado en cumplimiento de su rol constitucional, artículo 4: Protección de la familia y promoción del matrimonio, desarrolla el presente programa de fortalecimiento familiar a fin de mantener unidas en matrimonio a las parejas conyugales, evitar que los fracasos matrimoniales terminen en el divorcio, así también hacer un llamado a aquellas parejas que no están unidas en matrimonio para que se consoliden en ella.

2. FINALIDAD:

Fomentar el matrimonio y proteger a la familia matrimonial con la finalidad de tener un Estado sólido ya que se funda en el matrimonio, es decir que de ser débil una familia lo será también el Estado y de ser sólido la familia, el Estado tendrá una base sólida y estable.

Teniendo en cuenta que el núcleo fundamental de la sociedad es la familia y por tanto debe de protegerse a la familia e incentivar aquellas parejas convivientes a unirse en matrimonio.

3. DESARROLLO:

- Llevar un control de los matrimonios celebrados en las municipalidades a fin de hacer un seguimiento a los matrimonios, brindando terapias psicológicas para parejas.

- Realizar un censo en las localidades a fin de conocer el número de familias que no se consolidaron en matrimonio, para que el Estado pueda hacerles un llamado a la vida matrimonial.

- Fomentar una cultura basada en principios familiares a fin de que en las Instituciones Educativas se desarrollen cursos cívicos, escuelas para padres, seguimiento a las parejas matrimoniales, con el fin de mantener unida a la familia.

- Realizar campañas de sensibilización hacia la familia a fin de mantener una familia unida en la sociedad.

4. EJECUCIÓN:

Encárguese a los Gobiernos Regionales y Locales para la implementación y coordinación con las Instituciones Educativas a fin de desarrollar valores cívicos en la sociedad, así también se encargue de la implementación para el seguimiento a los matrimonios y se creen equipos multidisciplinarios en las Municipalidades a fin de brindar terapias psicológicas a las familias matrimoniales y demás políticas sociales que sean en beneficio de la sociedad y el Estado.