

## **CAPITULO I**

### *EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION NACIONAL*



## 1. GENERALIDADES

Es la voz latina *Divortium* la que nos revela el origen etimológico de la expresión Divorcio; ella describe plásticamente la actitud de los cónyuges que, después de haber recorrido unidos un trecho de existencia, se alejan por distintos caminos *Divertere*. Su significado es separación, por lo que no es de extrañar que dicho término haya sido empleado tanto para referirse al divorcio vincular (divorcio propiamente dicho), como también al denominado relativo o separación de cuerpos.

Los hermanos Mazeaud han definido al divorcio como la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos<sup>1</sup>.

Sólo con el divorcio se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Procede por las causas expresamente establecidas en la Ley, debiendo los hechos que las 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 incurriendo en otra institución: la invalidez del matrimonio.

---

1 Henry Mazeaud, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, Europa-América, 1959, Parte I, t. IV, p. 369.

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.

## 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

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 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 vincular 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. 1° 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.

### **3. ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1984**

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

### ***3.1. Vías legales para acceder al divorcio en el Perú***

La primera de éstas es directa, mediante una demanda de divorcio absoluto, para la cual debe invocarse cualquiera de las diez causales previstas en el art. 333 del Código Civil. Acreditada la causal, la sentencia disuelve de manera inmediata y total el vínculo matrimonial.

La segunda, por Conversión, es a través de una previa demanda de separación de cuerpos, la cual puede tener dos matices:

- Por cualquiera de las diez causales antes referidas.

- Por separación convencional (inc.11 art. 333 C.C., modificado por el Texto Unico Ordenado del D. Leg. 768). Se requiere para ello el pedido de ambos cónyuges, y que hayan transcurrido por lo menos dos años de celebrado el matrimonio. La sentencia que se dicte en dichos casos mantiene vigente el vínculo matrimonial, lo que hace es declarar la separación de los cónyuges, suspendiendo los deberes de mesa, lecho y habitación, no afectando la obligación alimentaria que se deben recíprocamente. Por la separación de cuerpos fenece el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Este segundo medio se constituye en una forma mediata de obtener el divorcio, ya que, después de transcurrido seis meses, cualquiera de los cónyuges en el caso de la separación convencional, y el inocente en los de causal, podrá solicitar la disolución del vínculo.

### ***3.2. El divorcio en el Código Civil***

En relación a las acciones por causal, es el art. 333 del C.C. el que señala las diez causales por las que en nuestro país, puede obtenerse el divorcio. Son las siguientes:

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.
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.
8. La enfermedad venérea grave 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.

Las diferencias en cuanto al régimen anterior, se hallan en el inc. 5° referido al abandono injustificado (antes llamado malicioso) de la casa conyugal, en tanto se admite que pueda ser no continuado, siempre que sumados los períodos de apartamiento éstos excedan los dos años. Una causal que se introduce por la Comisión Revisora, incorpora expresamente en el inc. 9° a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio como motivo de divorcio, innovación que no representa, como algunos han sostenido, una mayor apertura divorcista, por cuanto, en la práctica, los Tribunales la consideraban incurso dentro de otra causal, la conducta deshonrosa. El inc.10° ha variado su texto, distinguiendo claramente, a diferencia del anterior, la condena a pena privativa de la libertad mayor de dos años, por delito doloso excluyendo expresamente al delito culposo; del mismo modo, la norma del art. 338 impide accionar por esta causal, cuando el delito fue conocido por el otro cónyuge antes de contraer matrimonio.

---

(\*) Inciso modificado por el Texto Unico Ordenado del D.L. 768.

Con referencia a la caducidad de la acción por divorcio, la legislación anterior establecía plazos de prescripción, que en términos eran semejantes a los actuales para las distintas causales, pero que requerían para su aplicación de la invocación expresa de la parte interesada, en la medida que la prescripción era susceptible de ser renunciada incluso tácitamente cuando había sido ya ganada, por lo que muchas demandas de divorcio por causal, a pesar de haber transcurrido el plazo de ley podían ser declaradas fundadas. Actualmente, la caducidad plantea otras posibilidades, porque al fenecer no sólo la acción sino también el derecho, es declarada por el juez de oficio o a petición de parte.

Las interpretaciones judiciales elaboradas a fin de determinar la oportunidad para computar los referidos plazos, por tratarse de reglas en algunos casos uniformes pero en otros contradictorias, dan lugar a posiciones divergentes, requiriéndose en ese sentido la búsqueda de una unidad de criterio.

Al respecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla en su art. 22, la publicación periódica de las ejecutorias que fijarán principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Asimismo, el art. 400 del C.P.C. hace referencia a la doctrina jurisprudencial vinculante generada en los plenos casatorios.

Representan un primer esfuerzo en esta línea de trabajo jurisdiccional, los Plenos Jurisdiccionales por especialidades que se llevan a cabo desde 1997 en el Poder Judicial, los que se realizan con el fin de propiciar el debate conceptual y el intercambio de experiencias a nivel de los Magistrados de las Cortes Superiores de la República, alrededor de los temas que generan mayor discusión en la práctica judicial.

El art. 354 regula lo relativo al proceso de conversión de separación de cuerpos a divorcio, estableciéndose que cualquiera de los cónyuges puede pedir se declare la disolución del vínculo luego de transcurridos seis meses de la declaración de separación convencional. Al haberse derogado el D.L. 310 que establecía la consulta obligatoria de la separación de cuerpos y la

modificatoria expresa del art.354 del C.C., en la actualidad el cómputo del término legal se realiza desde la notificación de la sentencia de primera instancia.

En relación a la separación por causal, se limita la solicitud de disolución al cónyuge inocente, negándosele al culpable, prohibición expresa que no existía antes y que, por una interpretación literal del texto del art. 276 del Código de 1936, se admitió algunas veces en la jurisprudencia que cualquiera de los cónyuges, incluso aquél a quien le hubiera sido imputable la separación, podía, vencido el plazo de ley, solicitar la conversión a divorcio<sup>2</sup>.

Los arts. 356 al 359 establecen algunas reglas que deben observarse en este tipo de procesos; el art. 360 señala que las disposiciones de la ley sobre divorcio y separación de cuerpos se limitan al ámbito civil, dejando íntegros los deberes que la religión impone.

#### **4. ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO EN LA NORMATIVIDAD PROCESAL**

El Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo No. 768, vigente desde el 28 de julio de 1993, establece en el capítulo pertinente las reglas procesales a las que deben sujetarse los procesos de divorcio, acotando varias innovaciones en relación a los textos jurídicos precedentes.

- Diferencia los procesos de separación de cuerpos convencional y divorcio ulterior, de los de separación de cuerpos y divorcio por causal. Los primeros se tramitan en la vía sumarísima mientras que los otros están sujetos a los trámites del proceso de conocimiento (art. 546 inc. 2, art. 480 y sgtes. del C.P.C.).

---

2 Ej. Supr. del 14 de junio de 1958, Exp. No. 25-58, Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 174, julio de 1958, p.735-736 y Ej. Supr. del 20 de julio de 1962, Revista de Jurisprudencia Peruana No. 228, 1963, p. 83.

- Se determina, además, un conjunto de reglas de obligatorio cumplimiento y otras de carácter facultativo para el juez y las partes, en el afán de garantizar el derecho de los cónyuges y en especial proteger el de los hijos menores de edad; seguidamente las mencionaremos para luego abordarlas en el capítulo respectivo con algún detenimiento, desde la perspectiva de su aplicación por los tribunales.

- Participación del Ministerio Público como parte en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio, enfatizando en que como tal no emite dictamen.

- En las demandas de separación convencional se exige como requisito esencial que se anexe especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales conforme inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

El inventario valorizado sólo requerirá la firma legalizada de los cónyuges.

Los acuerdos del convenio anexado a la demanda tienen eficacia jurídica desde que se expida el auto admisorio.

- La exigencia de que concurren personalmente los cónyuges a la diligencia de comparendo dispuesta por el derogado Decreto Legislativo 310, se ha modificado permitiendo que en las actuaciones judiciales las partes puedan participar a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso.

- Posibilidad de los cónyuges de revocar su consentimiento durante los treinta días naturales posteriores a la diligencia de Audiencia Unica. No se admite revocación parcial ni condicionada.

- La acumulación originaria de pretensiones por la que debe acumularse a la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos,

suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y otras relativas a derechos y obligaciones de los cónyuges, de éstos con sus hijos, o de la sociedad conyugal, que directamente deban ser afectados como consecuencia de la pretensión principal.

- Medidas cautelares procedentes después de interpuesta la demanda por causal:

- . Separación provisional de los cónyuges.
- . Alimentos.
- . Tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisional.
- . Administración y conservación de los bienes comunes.

- Posibilidad de los cónyuges de convertir en cualquier estado de la causa, la demanda de divorcio en una de separación de cuerpos.

- Facultad otorgada a los jueces de declarar sólo la separación de cuerpos aunque haya sido demandado o reconvenido el divorcio.

- La sentencia deberá asegurar adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los hijos menores de edad o incapaces.

- Necesidad de que las resoluciones que declaren el divorcio, que no hayan sido apeladas se eleven en consulta al Tribunal Superior.

- Procedencia del Recurso de Casación en estos juicios.

## **5. PROYECTO DE LEY SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO**

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.

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 sobrevenientes, (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 concluirlo;

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 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:

ARTICULO 1º.- 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:

#### ARTICULO 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

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

ARTICULO 335.- Improcedencia 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.

ARTICULO 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.

#### ARTICULO 349.- Causales

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

#### ARTICULO 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.

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

#### ARTICULO 546.- Procedencia

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

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

#### ARTICULO 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 REPUBLICA

### 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 mante-

ner 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. Consecuentemente, 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 adquiera 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, como puede verse del cuadro N° 1, de 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 etáreos que van de los 20 a los 49 años; vale decir, a aquellos 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%, 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 in-

congruente 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 Organo 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 ins-

titución 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.

Despacho del Congresista  
DANIEL ESTRADA PEREZ

*Comentario:*

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 Ezquerra 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 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 espectaculares 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 hacia 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.