

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“EL PLAZO DE LA INTERPOSICIÓN DE UNA DEMANDA DE SEPARACIÓN
CONVENCIONAL Y/O DIVORCIO ULTERIOR Y SU REPERCUSIÓN SOBRE
LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN UN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE
GANANCIALES EN EL PERÚ”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

AUTOR:

Bach. JOSSE MIGUEL ROMERO CASTILLO

ASESOR:

Ms. ERICK HAMILTON CASTILLO SAAVEDRA



Trujillo - Perú

2017

DEDICATORIA

A Dios, el todo poderoso por darme la sabiduría, y entendimiento para culminar mis estudios, y a mis Padres por su apoyo incondicional y la confianza que depositaron en mí, para poder culminar mis estudios de pregrado y la realización de la presente tesis para obtener el título de la carrera de Derecho.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento especial a vuestro padre celestial, que es Dios por no haber dejado que me rindiera en ningún momento y hacer posible que siempre logre alcanzar mis objetivos.

A mis queridos padres, por creer en mí, darme amor y sobre todo respeto, un gran ejemplo y muchos valores. Mi agradecimiento hacia ustedes va a ser eterno. Gracias por estar siempre acompañándome y apoyándome, en cada momento de mi vida.

A mi asesor por haberme apoyado y tenido paciencia durante este tiempo y haberme mostrado que con esfuerzo, dedicación y mucho trabajo uno puede salir adelante.

A la Doctora MARLENNE MARIÑOS LECCA por darme siempre el aliento y esas ganas para seguir adelante con la ayuda de Dios.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

De mi consideración:

JOSSE MIGUEL ROMERO CASTILLO, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, cumpliendo con los lineamientos establecidos por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, pongo ante ustedes el presente trabajo de tesis titulado “**EL PLAZO DE LA INTERPOSICIÓN DE UNA DEMANDA DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y/O DIVORCIO ULTERIOR Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN UN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES EN EL PERÚ**”, el mismo que espero reúna los requisitos suficientes para su oportuna aprobación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de tesis.

Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresarles las muestras de mi especial consideración y estima.

Atentamente,

Trujillo, 20 de Noviembre del 2017

.....

Bach. Josse Miguel Romero Castillo

RESUMEN

“El plazo de la interposición de una demanda de separación convencional y/o divorcio ulterior y su repercusión sobre los derechos patrimoniales en un régimen de sociedad de gananciales en el Perú ”, es el título de la tesis desarrollada en base al planteamiento del problema en el cual se sitúa en la problemática que existe entre los cónyuges al decidir por mutuo acuerdo dar fin a su relación matrimonial, por las desventajas que esto acarrea, en principio se exige que transcurra un plazo de dos años luego de realizado el matrimonio, pero al esperar que transcurra este plazo, ambos cónyuges están limitados en sus derechos patrimoniales.

Es por ello que se planteó el enunciado del problema de la siguiente manera: ¿De qué manera el transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional y/o el divorcio ulterior afecta los derechos patrimoniales de los cónyuges en los matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad de Gananciales en el Perú?

Para resolver esta interrogante, se procedió a generar las hipótesis generales y específicas, mediante las cuales se determinó de manera previa que el plazo de dos años para tramitar la separación convencional y/o divorcio ulterior afecta de manera negativa en los derechos patrimoniales de los cónyuges en el Perú.

En cuanto al objetivo general y los objetivos específicos, se desarrollaron en relación a las variables dependiente e independiente.

PALABRAS CLAVES: Separación Convencional, Divorcio Ulterior, Sociedad de Gananciales, Divorcio Sanción, Divorcio Remedio, Deberes y Derechos.

ABSTRACT

“The deadline for filing a claim for separation and / or subsequent divorce and its impact on economic rights in a partnership regime in Peru”, is the title of the thesis developed based on the problem statement in which situated on the issue between the spouses to mutually agree to end their marriage relationship , about the disadvantages that this entails in principle are required to have a period of two years after performed the marriage, but the wait has elapsed this deadline , both spouses are limited in their economic rights.

That is why the problem statement follows arose: How the course of two years as a prerequisite for processing conventional separation and / or subsequent divorce affects the property rights of spouses in Peru.

To address this question, we proceeded to generate the general and specific hypotheses, by which it was determined prior so that within two years to process the conventional separation and / or subsequent divorce affects negatively on the economic rights of spouses in Peru.

As the general objective and specific objectives, developed in relation to the independent and dependent variables.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	1
AGRADECIMIENTO	2
PRESENTACIÓN	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	5
TABLA DE CONTENIDO	6
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	9
1.1. Problema	9
1.1.1. Planteamiento del problema	9
1.2. Enunciado del problema	14
1.3. Hipótesis	14
1.4. Variables	14
1.4.1. Variable Independiente	14
1.4.2. Variable Dependiente.....	14
1.5. Objetivos	14
1.5.1. Objetivo General.....	14
1.5.2. Objetivos Específicos.....	15
1.6. Justificación	15
CAPÍTULO 2. : MARCO TEÓRICO	16
2.1. Antecedentes	16
2.2. Bases teóricas.....	18
2.1.1. Análisis Doctrinario	18
2.1.1.1. La Familia	18
2.1.1.2. Naturaleza jurídica	20
2.1.1.3. La familia en el Perú.....	21
2.1.1.4. Protección al niño y adolescente	23
2.1.1.5. Protección a la madre	24
2.1.1.6. Reconocimiento a uniones de hecho	24
2.1.1.7. Paternidad y maternidad responsable	25
2.1.2. El matrimonio.	25
2.1.2.1. Naturaleza jurídica del Matrimonio	25
2.1.2.2. El matrimonio como contrato	26

2.1.2.3.	Caracteres esenciales del matrimonio.....	26
2.1.2.4.	Regímenes Matrimoniales	27
2.1.2.4.1.	Régimen de sociedad de gananciales	27
2.1.2.4.2.	Régimen de separación de patrimonios	28
2.1.2.5.	Fines del matrimonio	30
2.1.2.6.	El matrimonio y la familia.	30
2.1.2.6.1.	Deberes de los cónyuges.....	31
2.1.2.6.2.	Deberes de fidelidad.	31
2.1.2.6.3.	Deberes de asistencia.....	31
2.1.2.6.4.	Deber de hacer vida en común.	32
2.1.2.6.5.	Deber de alimentar y educar a sus hijos.	32
2.1.2.7.	El matrimonio según nuestro Código Civil.	33
2.1.3.	El Divorcio.....	33
2.1.3.1.	Definición	33
2.1.3.2.	Naturaleza jurídica	35
2.1.3.3.	Divorcio en la doctrina	35
2.1.3.4.	El divorcio y su evolución en el Perú	40
2.1.3.5.	Causales de divorcio en el Perú	45
2.1.3.6.	Efectos del divorcio	46
2.1.3.7.	Separación convencional y/o divorcio ulterior	47
2.1.3.7.1.	Definición	47
2.1.3.7.2.	Causal de imposibilidad de hacer vida en común	49
	SUB CAPITULO II: MARCO JURÍDICO.....	51
	SUB CAPITULO III: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA DEL PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR.....	64
	SUB CAPITULO IV: ANÁLISIS SITUACIONAL DE LA TESIS	66
	SUB CAPITULO V: PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR.....	69
	SUB CAPITULO VI:REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO.....	74
	 CAPÍTULO 3. METODOLÓGICO.....	85
3.2.	Tipo de investigación	85
3.2.1.	Por su finalidad	85
3.2.1.1.	Investigación Básica	85

3.2.2. Por su profundidad	85
3.2.2.1. Investigación Descriptiva	85
3.2.3. Por su naturaleza	86
3.2.3.1. Investigación Documental	86
3.3. Material de estudio	86
3.3.1. Método deductivo.....	86
3.3.2. Método inductivo	86
3.3.3. Método analítico	86
3.3.4. Método exegético	87
3.4. Recolección de datos.....	87
3.4.1 Técnica e Instrumentos.....	87
3.4.1.1 Técnicas	87
3.3.1.1.1. Fichaje:.....	87
3.4.1.2. Instrumentos.....	87
3.3.1.1.2. Fichas.	87
3.4.1.2.1.1. Fichas bibliográficas	89
3.4.1.2.1.2. Fichas textuales o de transcripción:	89
3.4.1.2.1.3. Fichas de resumen:	87
3.5. Análisis de datos	87
CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	88
4.1. CONCLUSIONES	88
4.2. RECOMENDACIONES	89
4.3. Propuestas:	90
BIBLIOGRAFÍA	91
PAGINAS WEB	94
ANEXO N° 01	95

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Problema

1.1.1. Planteamiento del problema

El Estado, mediante la Constitución Política del Perú, establece que el Matrimonio es una institución natural y fundamental de la sociedad, por lo tanto, es su deber protegerla. Pero cada día se hace imposible que esta institución, base de la sociedad, se conserve y perdure en el tiempo. Las causas que motivan a la disolución del Matrimonio son variadas, pero el Código Civil mediante su Art. 333, sólo regula 13 causales, mediante el divorcio sanción (incisos 1-11) y divorcio remedio (incisos 12-13).

En nuestro sistema normativo se ha regulado el proceso divorcio como respuesta legal a la crisis matrimonial, desde dos perspectivas tanto como divorcio sancionador y divorcio remedio, siendo el primero (el divorcio sancionador), se otorga mediante previa acreditación judicial en un proceso de conocimiento de las situaciones fácticas que implica la culpabilidad de alguno de los cónyuges; y en el divorcio remedio se produce por la constatación judicial en un proceso sumarísimo del fracaso de la convivencia conyugal y la voluntad de los cónyuges de poner fin al vínculo matrimonial. (Carpio, 2010)

El divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. (Muro Rojo Manuel & Rebaza Gonzales, 2003).

En nuestra legislación; contamos con un sistema mixto es decir en el cual abarca tanto como el divorcio sanción y divorcio remedio.

La diferencia sustancial entre ambos reside en que en el divorcio sanción la causa del conflicto es la causa del divorcio, mientras que el divorcio remedio entiende que el conflicto es en sí mismo la causa del divorcio, sin que interese o se explore las causas o responsables del conflicto. Al divorcio sancionador se le denomina también subjetivo o de culpa de uno de los cónyuges. En tanto, el divorcio remedio o de causales objetivas, se sustenta en la ruptura de la vida matrimonial, que se verifica a través del acuerdo de los cónyuges para su conclusión, o por el cese efectivo de la convivencia durante un lapso de tiempo, o por una causal genérica que impida la convivencia, a la que se le denomina divorcio quiebre. En cuanto al sistema divorcista peruano el Código Civil de 1984, en su articulado original, mantuvo el régimen de divorcio restringido que la legislación civil precedente había impuesto, que si bien optaba por un sistema mixto al admitir el divorcio remedio a través de la separación convencional como estadio previo al divorcio, encontraba las otras causales en su mayoría de carácter culposo, inculpatario, que tenían como fundamento el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, de ahí, su clara comprensión sancionadora, que no sólo se limitaba a la determinación de la causal mérito para la declaración de la disolución del vínculo matrimonial, sino también impregnaba la regulación de los efectos personales, paterno filiales y patrimoniales del divorcio. (Cabello Matamala, 2001)

El divorcio debería permitir a los cónyuges, que estén casados bajo el régimen patrimonial de sociedad de gananciales y que por mutuo acuerdo decidan terminar con la relación conyugal, tener un mecanismo rápido y eficiente, en el que las partes que desean poner fin al vínculo matrimonial, debido a que la relación ya no es sana y hace imposible la vida en común.

El plazo que el legislador establece, como requisito previo para iniciar el proceso de separación convencional y/o divorcio ulterior, repercute no solo en que las partes involucradas no pueden empezar una nueva relación

y hacer un nuevo proyecto de vida (daño al proyecto de vida) sino, que además, todo bien que los cónyuges adquieran durante ese tiempo, pertenecerá a la anterior relación, afectando el derecho patrimonial (daño patrimonial)

El Daño al proyecto de vida al cual se refiere, es el plan de vida que tiene cada ser humano, y este caso cada cónyuge. Para el autor peruano (Fernandez Sessarego, 2007): El proyecto es una parte sustancial de la vida, en cuanto “Vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, haciéndose. La vida resulta así una sucesión ininterrumpida de quehaceres según un proyecto del cual puede o no tenerse conciencia.

Considero entonces que el daño al proyecto de vida, refiere al daño que afecta la manera en que la persona ha decidido realizar su vida, en este caso, poder de manera voluntaria, rehacer su vida con otra persona, sin verse afectada, ni truncando su destino y cambiando el rumbo del sentido mismo de su existencia.

Los derechos patrimoniales se derivan del patrimonio y son idóneos para satisfacer necesidades apreciables en dinero. Constituyen los derechos patrimoniales los derechos reales y los derechos personales.

Es entonces que el perjuicio que se origina a los cónyuges es también un daño patrimonial, siendo esta la lesión de derechos de naturaleza económica. Según Orgaz, citado por (Felipe Osterling, 2005) el daño material (o patrimonial) es simplemente el que menoscaba el patrimonio, como conjunto de valores económicos, y que, por tanto, es susceptible de apreciación pecuniaria, categoría en la que se comprende los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes, así como también los que afectan las facultades o aptitudes de la persona, consideradas como fuentes de futuras desventajas económicas (vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc.), e inclusive los que resulten de la lesión al honor o de los sentimientos, en la medida en que repercutan sobre la capacidad de trabajo.

El problema se encuentra en el plazo que el legislador propone para que ese vínculo termine dos años, ya que las partes involucradas no pueden empezar una nueva relación y hacer un nuevo patrimonio, debido a que se tiene que cumplir con el plazo establecido, y que todo bien que adquiera durante ese tiempo, pertenecerá a la anterior relación, afectando el derecho patrimonial.

El Estado, desde mi posición, no puede confundir su papel protector con un intervencionismo en las libertades básicas de las personas, la sociedad no tiene ni debería tener- interés en mantener matrimonios que se conviertan en un vínculo forzoso para los cónyuges, es precisamente esto lo que impulsó a los Estados a trabajar hacia una reducción de la institución del divorcio.

La problemática se sitúa en que cada vez que una pareja de esposos decide dar fin a su Matrimonio, por mutuo acuerdo, para ello necesitan iniciar un proceso de Separación Convencional y/o Divorcio Ulterior, la ley establece que necesariamente el plazo para solicitarlo es de dos años, luego de efectuado el Matrimonio. Este plazo para muchas personas es innecesario y tedioso, puesto que en países como:

Guatemala: prescribe en el artículo 106, inciso 2 del Código Civil: “Separación por Mutuo Acuerdo entre los cónyuges: La cual no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, y concurre el consentimiento de ambos cónyuges.

Estados como las Vegas: Solicitan el plazo de 1 año de matrimonio para poder solicitar el divorcio por mutuo acuerdo. Bajo el sustento de que un año, es un plazo mínimo razonable, en el cual los cónyuges pueden darse cuenta que su matrimonio no funciona y tomen la decisión de divorciarse.

Chile: (Art. N° 51 inc. 1° y 2° C.C), El Divorcio de común acuerdo, lo solicitan los cónyuges, ante el juez acreditando que su convivencia ha cesado por un lapso superior a un año.

México: (art 274 C.C), El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

España: (Artículo 81 inc. 1. C.C), A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los arts. 90 y 103 de este Código.

El Estado protege a la familia y por ende también el matrimonio, pero también debe velar por su derecho a poner fin a ese lazo conyugal, En el menor tiempo posible, tal es el ejemplo de los países y estado mencionados.

Si bien es cierto el matrimonio es un acto de liberalidad y voluntario, en consecuencia uno escoge cuando casarse y ponerle a un plazo de dos años, sumándole a ello el plazo del proceso Sumarísimo, dilataría el proceso a un más tiempo, ya que sería un entrapamiento legal para los conyuges, siendo que estos por mutuo acuerdo deciden poner fin a su vínculo matrimonial.

El legislador ha considerado que estos dos años resulta ser un tiempo necesario para que los cónyuges tomen conciencia y mediten sobre una decisión que podrían incluso, tomarla precipitadamente; en estos casos, se busca evitar que el matrimonio se disuelva, porque es parte esencial de la sociedad.

Pero lo más relevante se da en los Derechos Patrimoniales que adquieren los esposos al momento de formalizar el Matrimonio y al decidir dar fin a ello, sus derechos se ven vulnerados, para ambos. En esta situación, ambas partes se ven afectadas, en cuanto a sus Derechos Patrimoniales, al no poder disponer de ellos libremente y a la vez, se ven limitados los cónyuges que ya se encuentran separados por un tiempo determinado a que puedan desarrollarse en nuevos proyectos de vida personal y familiar

Hasta aquí se puede advertir que la regulación del divorcio depende irremediamente de lo tuitiva que es la legislación sobre el matrimonio, pues existe una conexión entre los factores religiosos y culturales de una sociedad en un determinado espacio temporal, el legislador debe optar por un sistema abierto o cerrado de divorcio, en gran medida.

1.2. Enunciado del problema

¿De qué manera el Transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional y/o el divorcio ulterior afecta los derechos patrimoniales de los cónyuges en los matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad de gananciales en el Perú?

1.3. Hipótesis

El Transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional y/o divorcio ulterior afecta negativamente los derechos patrimoniales en los cónyuges en el Perú, porque el plazo establecido por el Código Civil, afecta a la disponibilidad de poder adquirir un nuevo patrimonio.

1.4. Variables

1.4.1. Variable Independiente

El transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional y/o divorcio ulterior

1.4.2. Variable Dependiente

La afectación de los derechos patrimoniales de los cónyuges en los matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad de gananciales

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Determinar si el transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional o el divorcio ulterior afecta los derechos patrimoniales de los cónyuges en el Perú.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Evaluar el transcurso del plazo de dos años como requisito previo para interponer el proceso de separación convencional y/o divorcio ulterior.
- Identificar los derechos patrimoniales de los cónyuges en los matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad de gananciales.

1.6. Justificación

El aporte de la presente tesis es llegar a dilucidar las consecuencias que la separación convencional y divorcio ulterior trae consigo. Y la importancia de análisis para así llegar a la conclusión de la repercusión de estas.

El estudio del problema de la presente investigación es conveniente pues nos ha permitido conocer con mejor amplitud los efectos de la aplicación de lo prescrito en el artículo 333° del código civil la misma que hemos tratado de realizarla principalmente en el Distrito Judicial de la Libertad.

Es importante conocer si lo prescrito del artículo 333° del Código Civil, están permitiendo la socialización de los procesos de familia y la eficacia en el ejercicio de la función tuitiva del juez, en todos los procesos de familia vinculados a los principios de divorcio por la causal de separación convencional y divorcio ulterior.

Se justifica la presente investigación desde el punto de vista teórico, porque al analizar la Separación Convencional y Divorcio Ulterior desde una nueva óptica y alcances de los jueces supremos, permiten nuevos conocimientos y una mayor amplitud y flexibilización en cuanto a los procesos de familia.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

En esta Tesis materia de investigación para determinar la problemática, se recurrió a las bibliotecas en derecho y ciencias políticas en la recopilación de tesis, artículos e informes de investigación y vía web temas relacionados sobre el vacío legal existente en la separación convenciones y divorcio ulterior; enseguida veremos el desarrollo de los siguientes informes.

- **A nivel nacional.**

ESQUIVEL CHÁVEZ, William en su tesis “**La separación convencional y divorcio ulterior en sede municipal y notarial del Perú**”(Universidad San Martín de Porres-Lima, abril 2009), afirma El proceso de Divorcio por Mutuo Acuerdo en el que no hay conflicto o controversia, viene a ser una medida positiva, pues estaría al alcance de las parejas separadas que cuentan con menores ingresos y a la vez, permite descargar al Poder Judicial del proceso de “Separación Convencional y Divorcio Ulterior” a fin de reducir la carga procesal. Tomándose en cuenta que según estadísticas, el 70% de las parejas que se divorcian lo hacen por mutuo acuerdo.

El principal objetivo de la Ley N° 29227- Ley que regula el proceso no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, fue que la carga procesal del Poder Judicial disminuya, lo cual es beneficioso para la Administración de Justicia.

- **GÓMEZ RAMOS, ENIHT MELISA** en su tesis “ **Modelos Legislativos para del Divorcio Sanción vs Divorcio Remedio” Según el Ordenamiento Peruano (De la Universidad Señor de Sipan- Pimentel, Diciembre 2015) Afirma que el proceso de divorcio la administración de Justicia en nuestro país es lenta, por lo que los justiciables tienen que esperar mucho tiempo para que se resuelva en forma definitiva sus procesos, circunstancia que hace que la justicia obtenida pueda convertirse en ineficaz; ya que, aquél que demanda tutela judicial desea que ésta sea efectiva; es decir, que su pedido sea atendido en forma rápida; sobre todo si se trata de personas, que por sus condiciones personales o estado de salud requieren que se les brinde tutela judicial en**

forma inmediata. Sin embargo, ello no ocurre y los procesos terminan resolviéndose en un tiempo demasiado largo; y, siendo extremistas, podría ocurrir que cuando finalmente se resuelva el proceso judicial, sea demasiado tarde; ya sea porque, el demandante decidió tomar la justicia por sus propias manos o porque su estado de salud se agravó a tal extremo que se produjo su deceso.

Estos hechos sin duda, hacen que la colectividad en general, perciba a la Administración de Justicia como un órgano ineficiente, al que no le tienen confianza. Esta lentitud se debe a muchos factores, entre los que se encuentran la carga procesal excesiva; la falta de preparación de jueces y de personal jurisdiccional, quienes muchas veces tramitan los procesos en forma negligente, incurriendo en nulidad procesal; y, asimismo, otro factor que convierte en lenta e ineficaz la Administración de Justicia es la presentación de recursos dilatorios, maliciosos y sin fundamento alguno, por parte de algunos abogados de las partes del proceso, quienes en vez de coadyuvar con la administración de justicia, la entorpecen.

AZABACHE CHERO DE KAMBACH, Carmen A. en su tesis “**El Matrimonio y el divorcio en el Perú y Alemania**” (Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo-Lambayeque, mayo del 2009) Afirma, que cuando los cónyuges, de común acuerdo, y siempre que hayan cumplido ya dos años de casados, deciden solicitar su separación porque, sin duda, han comprendido que no es posible que se sigan viendo juntos y que, en todo caso, deben darse un tiempo para reflexionar y decidir sobre su divorcio. En este caso no es necesario que revelen la causa que los lleva a pedir su separación.

En el Perú se plantea la institución del divorcio como una medida que permita solucionar los males de la legislación actual, y a la vez, se pretende darle un carácter excepcional, para que no se convierta en una solución de fácil acceso, sino que solo se puede acceder a dicha institución si media algún supuesto que establece la ley.

Nuestra legislación permite que el divorcio pueda solicitarse por uno o ambos cónyuges; es decir, que cualquiera de ellos puede pedirlo a la autoridad judicial competente, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio.

- **A nivel internacional:**

ANDREA GUILLEM, Laura en su trabajo de investigación “**Sociedad conyugal: Origen y Liquidación**” (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá-Colombia, marzo del 2004) nos dice que la sociedad conyugal cuyo origen es el matrimonio, da lugar a la existencia de un régimen patrimonial común compuesto por una serie de reglas especiales en relación con su administración, disposición de bienes, causales de disolución, forma de liquidación, participación y adjudicación, frente a las cuales la ley, la jurisprudencia y la doctrina han delineado sus efectos y alcance.

Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiera aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil Colombiano deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación.

Se puede concluir que por el hecho del matrimonio surge la sociedad conyugal, la cual implica la formación de una comunidad de bienes que serán objeto de liquidación, partición y adjudicación al momento de ocurrir alguna de las causales de disolución previstas en la ley, para lo cual debe aplicarse el procedimiento legal previsto

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Análisis Doctrinario

2.2.1.1. La Familia

La familia se trata de una u otra forma del primer círculo de la vida del hombre, en el cual busca la satisfacción de las necesidades primarias; lo que la convierte en una institución jurídico-social que agrupa a un conjunto de personas, que están relacionados por vínculo de matrimonio o parentesco. (PERALTA ANDIA J. , 2002)

Es por ello que la necesidad de regular a la familia y considerarla como una institución jurídico-social, es para contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios de la Constitución Política, es así que en la Constitución de 1993 la ha regulado, no con una sección específica en comparación con la Constitución de 1979, sino que los artículos que la regulan se encuentran dispersos en el capítulo de los derechos sociales y económicos. (AGUILAR LLANOS, 2008)

Hay que tener en cuenta que, para establecer la composición, forma, funciones y tipo de relaciones en el ámbito de una familia, se debe tener en cuenta diversos factores que influyen, como las condiciones económicas, sociales y morales en que vive y se desarrolla un individuo. Por su parte Piotr Sedugin citado por Javier Peralta, conceptúa a la familia como “una comunidad (unión) basada en el matrimonio libre e igual en derechos o en el parentesco cercano de personas ligadas mutuamente por relaciones personales y de propiedad, unidas por el apoyo moral y material, por la afinidad espiritual y la solicitud por la educación de los hijos”. De ello se deduce la presencia de tres requisitos indispensables para que se considere a un grupo de personas como una familia constituida, así tenemos: grupo de personas, función de educación por los hijos y lazos de parentesco no limitados (PERALTA ANDIA J. , 2002).

Por otro lado, existen diversas formas de definir a la familia: una forma amplia, otra restringida y otra intermedia (Placido Vilcachagua, 1984), las que defino a continuación:

- a) **Familia en sentido amplio- Familia extendida:** Comprende a aquel conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Es así que se entiende por familia a aquellos grupos donde ha mediado una relación intersexual. Nuestra legislación se acoge a este sentido, debido a que en la legislación sea tomada para propósitos alimentarios y hereditarios y sin la exigencia de que haya vida en común.
- b) **Familia en sentido restringido- Familia nuclear:** Según esta concepción se entenderá por familia solo a aquel grupo de personas

unidas por la relación intersexual o a la procreación, así se entiende que comprende a padre, madre y los hijos; en esta concepción se observa núcleo más limitado de la organización social.

- c) **Familia en sentido intermedio-** Familia compuesta: en esta concepción se entiende por familia a aquel grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Debe tenerse en cuenta que la legislación no la toma en cuenta, sino que solo tiene importancia social.

2.2.1.2. Naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza jurídica de la familia se deberá analizar todos y cada uno de los factores que influyen tanto en su constitución y en el cumplimiento de sus funciones. Es así que si observamos a la familia desde la perspectiva de la sociología concluiremos que es una institución social, pues ello debido a que se desarrollan en su ámbito relaciones entre individuos tales como el parentesco, relaciones intersexuales y la procreación. Por su parte el rol del derecho es garantizar la protección de la institución familiar, otorgándole mecanismos para lograr ese objetivo. En si lo se busca es otorgar seguridad en la totalidad de los aspectos de la institución familiar (Placido Vilcachagua, 1984).

Hay que resaltar que la familia no puede ser concebida como una persona jurídica; en primer lugar, debido a la inexistencia de norma alguna que prescriba que una familia puede ser sujeto de derechos y deberes; en segundo lugar, tampoco es un organismo jurídico en el que se advierta una interdependencia de sus integrantes y a la vez una dependencia a un interés superior, un poder que se asemeja al poder estatal; en tercer lugar, nuestro estado no mantiene una injerencia permanente en la vida interior de la familia. En consecuencia la manera de concebir a la familia como institución es más de carácter sociológico que jurídico, debido a que no encaja en el concepto de institución, debido a que no posee una definición única (Placido Vilcachagua, 1984).

2.2.1.3. La familia en el Perú.

Se puede definir a la familia como el conjunto de personas unidas por matrimonio, parentesco o afinidad, entre las cuales existen derechos y deberes jurídicos. Es así, que esta constituye familia constituye la célula natural, económica y jurídica de la sociedad.

Una definición más conservadora sería: “La familia es una entidad autónoma que se basa en la naturaleza y su cohesión se funda en el vínculo consanguíneo. Pero está unida se mantiene principalmente por el amor, comprensión y respeto entre sus miembros” (APECC, 2013).

La ley protege a la familia y promueve el matrimonio, reconociendo a ambas instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. Pese, a modificaciones como es el régimen legal de la separación de cuerpos y del divorcio, la legislación peruana es más flexible y consta con numerosas normas que establecen su estabilidad y solidez.

Podemos decir: “El estado de la familia es un atributo de la persona, que resulta inescindible de ella misma y, por tanto, inalienable, imprescriptible e irrenunciable” (Plácido Vilcachagua, 2002). El estado de familia al ser asignado dentro de la organización familiar, en el que se incluyen vínculos familiares y jurídicos, da conjunto de derechos y deberes de acuerdo a la persona en razón de su estado de familia.

En cuanto, a las relaciones entre hijos establece que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes, quedando prohibida toda mención al estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación. Así, todos tienen derecho a la protección del medio familiar y de la comunidad, y también, el deber de contribuir a su promoción y defensa.

A mi perspectiva, merece especial mención la regulación de “uniones de hechos a nivel constitucional”, pues esto implica el reconocimiento del derecho a constituir una familia sin necesidad de contraer matrimonio. Esta idea es trascendental, por cuanto la Constitución, no sólo protege el derecho a constituir una familia, también, a elegir la estructura familiar que mejor se adecue a las condiciones de vida y situación jurídica de las personas. Es así, que se supera el paradigma del requisito del matrimonio.

a) Derecho a la inviolabilidad del hogar familiar

Es un derecho básico, consiste en que “nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración...” (Artículo 2º inciso 9 de la Constitución); es decir que nadie tiene la autorización o el motivo de atentar contra la tranquilidad tu hogar salvo por orden judicial.

b) Derecho a la intimidad familiar

Esta protección se deriva del derecho, que tiene toda persona de mantener reserva o en forma privada, cierta información que atañe a su persona. En ese sentido, los servicios de información, ya sean públicos o privados, están prohibidos de suministrar información que afecten la intimidad personal y familiar del interesado. Esta información íntima puede cubrir los aspectos más diversos: historias clínicas, hojas de servicio, pruebas de calificación laboral, etc. (Artículo 2º inciso 6 de la constitución).

c) Derecho a la buena reputación familiar

Los miembros de una familia tienen derecho al respeto de su honor y a la salvaguarda de su buena reputación.

La persona afectada o agraviada por afirmaciones inexactas, ya sea por cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que el agresor se rectifique en forma gratuita, inmediata y

proporcional, sin perjuicios de las responsabilidades de la ley. Porque la publicación de determinados hechos o imágenes referentes a la vida privada de una persona o de su familia puede lesionar el honor, la intimidad personal o la propia imagen de ella (Artículo 2º inciso 7 de la constitución).

Por último, los Artículos 14º y 15º del Código Civil expresan que la intimidad de la vida personal y familiar no pueden ser puesto de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermanos, excluyentemente y en ese orden.

2.2.1.4. Protección al niño y adolescente

La Constitución ha establece que los niños y adolescentes son objeto de protección especial por el Estado y la comunidad. Ha establecido también que es deber de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijo. A su vez, los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Señala además que el Estado debe prioritariamente el trabajo que realiza el menor de edad.

La protección al niño debe contener, cuanto menos, los siguientes elementos:

- Lo necesario para subsistencia, material que incluye alimentación, vestido y techo.
- Lo necesario para su educación, inclusive preescolar, así como el entorno necesario para su mejor desarrollo inicial.
- La protección emocional que, en primer lugar, debe y solo puede darle su propia familia.

La protección del adolescente incluye su subsistencia, educación y desarrollo emocional en planos distintos a los del niño, pero además su educación y seguridad moral, con particular incidencia en la lucha contra el consumo de drogas, así como las perspectivas laborales.

2.2.1.5. Protección a la madre

La protección de la madre abandonada incluye su subsistencia, la atención de su salud y la del niño además la protección general de su seguridad. Esta protección se extiende a las facilidades económicas en los procesos que quiera iniciar en asuntos relativos al derecho de familia. En caso de alimentos, por ejemplo, se encuentra exonerada, como demandante del pago de las tasas judiciales siempre que el monto de la pensión alimenticia no exceda de 20 URP.

La ley protege también prioritariamente el trabajo que realiza la madre, sobre todo de la madre gestante.

2.2.1.6. Reconocimiento a uniones de hecho

La calificación de la unión viene dada por una fórmula lingüística que alude a la familia, ya sea como “familia paramatrimonial” o “familia de hecho”, el término «familia» no solo aproxima el fenómeno a la familia fundada en el matrimonio, sino que, además, transmite un patrimonio de valores y emociones que componen un cuadro de referencias importantes: la convivencia de dos personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual, alegrada por la presencia de los hijos. Agrega que se recurre a expresiones como concubinato, convivencia adulterina, convivencia extramatrimonial, convivencia fuera del matrimonio, matrimonio de hecho, para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial y que, por ende, se trata de un hecho que se encuentra fuera del orden social, fuera del derecho, al estrellarse con los valores por todos reconocidos, es lo ilícito, lo anormal, lo reprobable.

El Tribunal Constitucional describe lo que se entiende por una unión de hecho, haciendo referencia al hogar de hecho. Entiende como tal a aquel que comprende compartir habitación, lecho y techo; es decir, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual

en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Sostiene que las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad; excluyendo de la definición a los convivientes casados o que tengan otra unión de hecho (Avilés, 2014).

Puedo establecer la definición de la unión de hecho a partir del artículo 326 del Código Civil. En este sentido, podríamos definirla como la relación de pareja extramatrimonial integrada por dos personas solteras que hacen vida en común cumpliendo los mismos fines del matrimonio, respetando los deberes y derechos matrimoniales de fidelidad recíproca durante un período mínimo de dos años consecutivos.

2.2.1.7. Paternidad y maternidad responsable

El Estado en la obligación de difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, reconoce el derecho de las familias y de los padres a decidir el número de sus hijos. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación, la información adecuados y el acceso a los medios anticonceptivos que no afecten a la vida o salud.

2.2.2. El matrimonio.

Para el autor Guillermo A. Borda el matrimonio: “Es una sociedad en la cual el hombre y la mujer se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir un destino común” (Borda, 1993).

En resumen, es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida, es la base legal necesaria para el cumplimiento de derechos y deberes de la familia frente a la sociedad.

2.2.2.1. Naturaleza jurídica del Matrimonio

Resulta necesario determinar cuáles son las corrientes que establecen la naturaleza jurídica del matrimonio, debido a que esta es una institución amparada por la legislación vigente.

2.2.2.2. El matrimonio como contrato

Mediante esta corriente se sostiene la posibilidad de concebir al matrimonio como contrato natural distinto al religioso o como contrato civil relativo a las personas; no limitándose, por parte del Estado, la voluntad de los contrayentes. Esta corriente se afirma en el Siglo XVIII, con la revolución francesa, con el auge del liberalismo y de los enciclopedistas como justificante y en el contexto de que el estado asume competencia para legislar en materia matrimonial y el sometimiento a su jurisdicción de las causas matrimoniales; dando lugar a la aplicación de las reglas de los contratos. (QUISPE, 2001, pág. 263).

En palabras de Kant citado por Quispe: “En este acto el hombre se reduce a sí mismo a cosa, lo cual es contrario al derecho de la humanidad que reside en su propia persona. Este derecho solo será posible a condición que mientras una de las dos personas es adquirida por la otra como si de una cosa se tratara, esta a su vez adquiriera recíprocamente a la otra; de este modo se encuentra de nuevo a sí misma y restablece su personalidad” (QUISPE, 2001, pág. 264)

2.2.2.3. Caracteres esenciales del matrimonio.

Según nuestro ordenamiento jurídico tenemos las siguientes características:

- Es solemne.
- Cada parte es una persona, que debe ser un hombre y una mujer.
- Tiene un fin principalmente moral y subsidiariamente patrimonial.
- Sus efectos son actuales y mientras dure la vida en común.
- No puede someterse a modalidades.
- El objeto es vivir juntos, tener hijos y auxiliarse mutuamente.
- Es el pilar fundamental de la familia en nuestro sistema jurídico.

2.2.2.4. Regímenes Matrimoniales

Según Plácido señalando con respecto a los regímenes patrimoniales del matrimonio, considera que estos: “determinan como contribuirá marido y mujer en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros de los cónyuges y, también la medida en que estos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los esposos.”. (Plácido Vilcachagua, 2002)

La forma eficaz de establecer cuál régimen optar dependerá de la clasificación y administración de la familia, actuación independiente o en comunidad; es decir que esta elección dependerá de sus posibilidades y los riesgos que consideran son capaces de enfrentar.

2.2.2.4.1. Régimen de sociedad de gananciales

El régimen de gananciales o comunidad de bienes para Plácido: “es una comunidad ilimitada a las adquisiciones realizadas por los cónyuges durante el matrimonio y a los frutos o productos de los bienes propios de ellos y de los sociales, conservando, en cambio, cada uno de los cónyuges la propiedad de los bienes que tuviesen antes del matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito ,está conformada, también por los frutos y productos de los bienes propios y sociales, que igualmente se obtiene normalmente por el esfuerzo de la administración de los mismos”. (Plácido Vilcachagua, 2002)

Que mediante este régimen comprende que todos aquellos patrimonios adquiridos a título oneroso durante la vigencia del matrimonio corresponden a la familia, dejando a salvo como bienes propios adquiridos con anterioridad a la recepción en vigencia del vínculo familiar y aquellos adquiridos con posterioridad a título gratuito.

Entiéndase que los roles de administración y control residen en ambos cónyuges, por lo que cualquier acto que busque disponer ya sea enajenando o gravando un determinado bien que forme parte de la comunidad de bienes, necesariamente debe estar autorizado por ambos cónyuges (Plácido Vilcachagua, 2002)

Cruz Berdejo citado por Jara &Gallegas señala acerca de la comunidad de gananciales en que ésta: “no versa sobre una serie de derechos independientes formándose así tantas situaciones de 22 cotitularidad como bienes comunes haya, sino sobre bienes que componen todos ellos patrimonio autónomo.” (JARA, 2014)

También se debe tener en cuenta que puede darse el caso de administración de los bienes propios de un cónyuge con respecto del otro, ello solo cuando uno de los cónyuges no contribuya con frutos y productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración todo o una parte (JARA, 2014)

En cuanto a las deudas que se tomen no estando vigente el régimen de gananciales, estas se solventan con bienes propios, a menos que hayan sido contraídas para el futuro hogar, se pagara con los bienes sociales, tal y como lo prescribe en el artículo 307° del Código Civil.

2.2.2.4.2. Régimen de separación de patrimonios

➤ Según Valencia Zea citada por Jara & Gallegos resalta: “Si los cónyuges no están de acuerdo en adoptar un régimen de sociedad conyugal, pueden excluirlo por completo, es decir, que cada cual es propietario exclusivo de los bienes que tenga en el momento del matrimonio lo mismo que de los adquiridos a cualquier título durante él y de los frutos de todos los bienes. En este caso no existe una masa común que tenga por finalidad esencial su reparto al disolverse el matrimonio,

pues es precisamente la negación de todo régimen económico matrimonial; de ahí que con toda exactitud se le denomine régimen de separación de bienes, para indicar que no existe sociedad conyugal. Cuando se pacta este régimen, el matrimonio une únicamente a las personas de los cónyuges y no sus bienes. (JARA, 2014)

En este régimen no se va a constituir una sociedad de bienes, sino que las partes han elegido unirse solo en calidad de esposos, en consecuencia, cada persona dispondrá sus bienes como crea beneficioso. Sin embargo, ello no lo libera del compromiso de contribuir al mantenimiento de la familia, ya que esto es necesario para el cumplimiento de los objetivos como familia.

- Según Guaglianone citado por Jara & Gallegos señala con respecto el régimen de separación de bienes (JARA, 2014)

“Puede ser original o derivado, según que la pareja comience sus relaciones patrimoniales bajo ese sistema, o que este sustituya a otro anterior. Desde otro punto de vista, puede resultar de la ley o de convención entre las partes.

Los patrimonios de los cónyuges se conservan independientes entre sí, tanto activa como pasivamente, y hasta podría llegarse a decir que en realidad no hay régimen, si no fuera porque de algún modo debe reglamentarse la contribución de los esposos a los gastos comunes.

A pesar de sus inconvenientes -vinculados sobre todo con la circunstancia de que la colaboración de un cónyuge en la producción de utilidades para el otro, no da lugar a compensación alguna-, es el régimen que mejor se acomoda a la plena capacidad de la mujer, a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin colaboración de uno al otro.

Este régimen es que cada cónyuge dispondrá sus bienes personalmente, sin embargo, es obligatorio que ambos

realicen contribuciones para los gastos que ameritan vivir en familia; lo que hace que se considere dicho régimen, ya que de lo contrario sólo se consideraría como régimen al de la sociedad de gananciales.

2.2.2.5. Fines del matrimonio.

Según Guillermo A. Borda “Se podría decir que encontramos fines normales y jurídicos. Dentro de los fines normales del matrimonio encontramos: la satisfacción del amor, la mutua compañía, asistencia, procreación y educación de los hijos. Decimos normales porque, por una parte, no siempre se procuran todos ellos; y por otro que no se encuentran protegidos por el derecho. Así por ejemplo podemos hacer referencia a los matrimonios entre ancianos, en los que no se contempla la procreación” (Borda, 1993). Dentro de los fines jurídicos; nos referimos a figuras legales como los derechos, deberes y obligaciones que; bajo circunstancias determinadas, desencadena la realización del matrimonio civil. Por mencionar algunas: herencia, pensión de viudez, o en su caso, sociedad de gananciales, entre otras.

2.2.2.6. El matrimonio y la familia.

El matrimonio y la familia son instituciones presentes en todas las culturas por esa razón cumplen un importante papel en la humanización de las personas, es por ello, que se define al matrimonio como: “la institución jurídica, constituida por la unión legal del hombre y la mujer, basada en una relación de derechos y obligaciones recíprocas, fundadas en el afecto mutuo e instituido con el propósito de organizar la familia. La mayoría de los estudiosos sobre la materia consideran que constituye la piedra fundamental de la familia, y ésta como célula primigenia y médula principal de la sociedad.

Es así, que el matrimonio tiene una notable importancia para la sociedad, pues garantiza en cierta forma la estabilidad y

permanencia de la familia, particularmente de la pareja, y de los hijos si los hubiere”. (Montoya, 2006).

Por ello, la familia está llamada a ser protagonista de la convivencia social, mediante los valores que contiene y transmite, a través, de la participación de sus miembros en la sociedad. Familia y sociedad están estrechamente vinculadas por lo siguiente: porque la primera constituye el fundamento y la fuerza vital de la segunda, y esta última, por su servicio a la vida humana en su totalidad. De esta forma, se constituye por la voluntad de las personas y su principal objetivo se encuentra en; el amor conyugal, parental y filial; sin embargo, su quehacer se extiende a la sociedad en su conjunto.

2.2.2.6.1. Deberes de los cónyuges.

Para poder sobrellevar sus vidas en común, ambos deben unánimemente seguir ciertas normas de convivencia en su domicilio conyugal y en caso que exista discrepancia, lo resolverá el juez teniendo en cuenta los intereses de cada miembro de la familia.

2.2.2.6.2. Deberes de fidelidad.

Es la esencia del matrimonio y tiene su fundamento en la moral, este deber tiene carácter recíproco, pues si se permitieran relaciones extraconyugales, la unión de almas y de cuerpos se vería profundamente resquebrajada

En el Perú el deber de fidelidad está consagrado como el primer deber recíproco, tal como lo prescribe el artículo 288° del código civil.

2.2.2.6.3. Deberes de asistencia.

Consiste en prestarse mutua ayuda económica, física y espiritual; asistirse en las dolencias, sufrir y aceptar las

situaciones derivadas de la pobreza o enfermedades; es decir, compartir alegrías y tristezas.

El Código Civil Peruano se refiere al aspecto económico o patrimonial a través de su artículo 290°, el cual prescribe lo siguiente:

- Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar.
- Mudar el domicilio conyugal

También es importante, considerar al artículo 291 que prescribe lo siguiente: “si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, es obligación del otro el sostenimiento de la familia, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que se deben en uno y otro campo”.

2.2.2.6.4. Deber de hacer vida en común.

Es el deber que nace del matrimonio, pues la cohabitación es indispensable y está orientada al aspecto moral, amistoso y psicológico. Esto implica vivir bajo un mismo techo denominado domicilio conyugal, compartiendo la “cama” correspondiéndose lo siguiente:

- El amor conyugal recíproco.
- La sexualidad.
- La fecundidad.
- La convivencia conyugal y familiar.

2.2.2.6.5. Deber de alimentar y educar a sus hijos.

Obligación de ambos cónyuges, por el vínculo matrimonial que estos comparten.

- Periodo prenatal- desde la concepción del hijo, la gestación y alumbramiento.
- Periodo de la niñez y adolescencia del hijo.
- Periodo de culminación de educación, esta es una excepción de la regla.

En conclusión, el matrimonio en nuestra legislación peruana es monógamo, protege a los cónyuges e hijos a nivel constitucional; y por ello, el tener un vínculo matrimonial significa garantizar derechos y deberes de la familia por nuestro ordenamiento jurídico, pero, sabemos que la realidad social va cambiando, y como los matrimonios en la actualidad no son duraderos; debido a diversas causas o circunstancias, posteriormente contraen nuevas relaciones como las uniones de hecho o concubinato, o vuelven a contraer nuevos matrimonios donde los hijos de estas nuevas familias, llamados “hijos afines”, deben tener una protección adecuada frente a sus derechos y deberes dentro del ámbito familiar, es por ello que nuestro ordenamiento jurídico no tiene regulado normas expresas y precisas sobre este campo por lo cual hay la necesidad de regularlo normativamente.

2.2.2.7. El matrimonio según nuestro Código Civil.

Entendemos como noción que “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 común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”. (Sandoval, 2015); Por ello, matrimonio es el acto voluntario entre hombres y mujeres, quienes están sometidos a la normatividad nacional según las formalidades de la ley.

2.2.3. El Divorcio

2.2.3.1. Definición

Etimológicamente viene de la voz *divortum*, que a su vez proviene del verbo *divertere*, que significa “separarse” o irse uno por su lado. (PERALTA ANDIA J. , 2002)

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 nupcias. (CABELLO MATAMALA, 2003)

Cabe precisar, que, si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. (Muro Rojo Manuel & Rebaza Gonzales, 2003)

La disolución del vínculo matrimonial, en la mayor parte de los países, se tramita ante la instancia jurisdiccional, en otras ocasiones el trámite es en sede administrativa y son los funcionarios públicos— registradores oficiales, registradores civiles y desde hace no mucho tiempo, los Notarios, como depositarios de la fe pública.

En el divorcio uno de los integrantes de la sociedad conyugal tiene el derecho de quebrar el vínculo matrimonial, si considera que esta institución ya no le permite desarrollar libremente su personalidad; sin embargo, el límite de su derecho lo constituye el derecho de su consorte y sus hijos, y no nos referimos al derecho a mantener el vínculo sino al derecho a percibir una adecuada reparación y asistencia familiar que garantice el desarrollo integral de los hijos y la redefinición del proyecto de vida del cónyuge separado, para que el derecho cumpla su función racional de exclusión o minimización del dolor. (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2012)

El divorcio es el proceso que tiene como finalidad la disolución del vínculo matrimonial, esta disolución va ser solicitada por uno de los cónyuges alegando una causal o simplemente por convenio entre ambos cónyuges.

2.2.3.2. Naturaleza jurídica

El gran tema de la disolución del vínculo conyugal, ha sido un asunto polémico que ha traído consigo múltiples voces, cuyos ecos aún hoy se escuchan. Dos posiciones han dominado el panorama, la primera es la que se opone tenazmente al divorcio, por considerar al matrimonio indisoluble, ésta es la denominada tesis antidivorcista: la segunda posición es la que sin ser apologista del divorcio, la justifica, alegando diversos criterios, ésta es la denominada tesis divorcista.

2.2.3.3. Divorcio en la doctrina

- **Tesis Anti-divorcista:** Los defensores de esta tesis consideran al matrimonio como una sociedad de por vida, por tanto, sustenta la tesis de su indisolubilidad, cerrando el paso al divorcio y obligando a los cónyuges a mantenerse unidos, aun cuando en la práctica se haya destruido la relación. Recusa el divorcio y está sustentada en la doctrina sacramental, la sociológica y el paterno filial. Se plantea como objeción al divorcio, que "el divorcio engendra divorcio". En efecto, cuando dos personas saben que se van a unir de manera definitiva, sin posibilidad de separación, están preparadas psicológicamente para luchar contra las dificultades inevitables del matrimonio, lo cual aumenta el espíritu de tolerancia.

De otro lado, esta posición según la cual se afirma que la prohibición del divorcio no necesariamente atenta contra la libertad individual, sino que más bien la protege. En efecto, los cónyuges ejercitan su libertad al momento de casarse, pero una vez casados, el matrimonio se convierte en un problema de responsabilidad.

- **Tesis Divorcista:** Esta posición se sustenta en el hecho de que "las circunstancias suelen transformar a los cónyuges en enemigos; es cruel mantener unidos a seres que se desprecian

o aborrecen, porque entonces sería transformar el matrimonio en una cadena de forzados".

En este sentido, cuando la justicia interviene para romper los lazos de un matrimonio ya aniquilado por los mismos cónyuges, cuando después de un serio examen de su situación y con absoluta imparcialidad, declara el divorcio no produce la desunión de los casados: se limita a constatarla; no es la mano de la ley la que rompe el matrimonio, es la justicia la que sanciona una ruptura ya consumada.

Se considera tres clases de divorcio dentro de la tesis divorcista:

➤ **Divorcio Sanción.** - Se formula como el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio. Esta doctrina presenta como requisito la culpabilidad de uno de los cónyuges, la tipificación de causales que dan lugar al divorcio y el carácter penalizador del divorcio para el cónyuge culpable. (PERALTA ANDIA J. , 2002)

Son hechos anormales, que la ley confiere al cónyuge que es inocente un interés legítimo para demandar de divorcio al otro que es culpable y naturalmente resultar beneficiado con la asistencia familiar y, aun ser resarcido por el daño material y moral que la actitud desleal le hubiere ocasionado con la disolución del matrimonio.

(RAMOS NUÑEZ, 2002) Nos refiere: "El derecho liberal se formuló la concepción del divorcio-subjetivo, fluctuando para ello entre las antinomias propias del sistema: libertad y seguridad. Los sujetos, en la medida, que el núcleo familiar resultaba decisivo para el funcionamiento y reproducción de la sociedad, se ven limitados de apelar al divorcio con cualquier pretexto. Es

necesario que las causales atiendan a pautas de índole moral, con las cuales invocas el divorcio en circunstancias excepcionalmente graves. Se aprueba la dispensa del vínculo pero se responsabiliza al culpable, quien recibe una condena ante la transgresión de sus obligaciones, en términos semejantes como se sanciona al deudor moroso por el incumplimiento de una cláusula de contenido patrimonial. Solución lógica para el Derecho liberal que ha asimilado el matrimonio a la idea de contrato”

(ZANNONI, 2006) Señala que: La concepción decimonónica del divorcio sanción responde a la pregunta: ¿Cuál es la causa del conflicto conyugal?, mientras que la concepción del divorcio - remedio, responde a esta otra: ¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio? “Este diferente modo de preguntar por las causas, nos recuerda en cierta forma la contraposición entre los factores de atribución subjetivos y los objetivos de responsabilidad civil. Se trata en suma, de establecer si el divorcio se basa en una atribución de responsabilidad subjetiva en razón de dolo o de culpa, a si se basa en una atribución objetiva en razón del conflicto conyugal mismo”

En el divorcio por culpa de uno de los cónyuges (divorcio sanción). El esposo inocente tiene un interés legítimo en dejar establecida en justicia su inocencia y como consecuencia, la culpabilidad del otro, mejor que dejarse envolver en un divorcio moralmente indiferente, de donde el público extraerá la sospecha de que ambos son más o menos culpables.

Asimismo, este tipo de divorcio no hace más que agudizar los conflictos, sin resolverlos, pues "instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que sacarán a relucir las miserias del otro, o terminarán

inventándolas para conseguir el divorcio”. (Vilcachagua, 2007)

- **Divorcio Remedio.-** Propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, el establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no puede esperarse que la vida en común continúe de acuerdo con la esencia del matrimonio.

MALLQUI (2005) señala que: El divorcio como remedio permite entender la existencia de crisis dentro del matrimonio y la posibilidad de ponerle fin mediante el. Una manera de entender el divorcio es considerado como remedio, como salida de un conflicto conyugal en el que no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial, de naturaleza ética, que la unión matrimonial propone.

Nuestra legislación sobreentiende al divorcio remedio como el fracaso matrimonial el cual se puede plantear al órgano jurisdiccional por voluntad de ambos cónyuges (causal separación convencional y divorcio ulterior).

(ZANNONI, 2006) Afirma que: Con esta nueva composición de causales se redimensiona el divorcio como remedio en nuestra legislación, ya que causales estarían sustentadas en la visión del divorcio como sanción y 3 causales se orientarán por el divorcio como remedio. En la teoría del “divorcio remedio” por mutuo acuerdo por voluntad unilateral cesa la convivencia en forma definida, buscándose poner fin a un matrimonio que ya estaba roto, aunque subsista. El divorcio-remedio no indaga en el porqué del fracaso conyugal, ni en quien es imputable de tal hecho, lo que importa es que existe ruptura entre los casados. Es objetiva en el sentido de que no implica juzgar las causas del fracaso matrimonial.

(ZANNONI, 2006) Afirma que: Las crisis matrimoniales son una realidad que ningún legislador puede dejar de lado. Frente a ellas la doctrina ha tomado posiciones irreconciliables. Para unos, destruye la unidad familiar. Para otros, es un mal necesario o un remedio adecuado para que el individuo pueda desarrollarse plenamente" en la sociedad sin hacer daño a los seres que le rodean y por ende a la colectividad.

Este fracaso matrimonial, se conoce en la doctrina del divorcio remedio con diversos nombres. Se habla así de quiebra, fracaso, fin, destrucción o desquicio matrimonial.

Dice (BALCAZAR, 1978): "No es la mano de la ley la que rompe el matrimonio, es la justicia la que sanciona una ruptura ya consumada: sustituye la realidad a la ficción; declara la verdad, para evitar el engaño".

- **Divorcio Repudio.** - Acepta el divorcio como un derecho de los cónyuges, especialmente del varón, para rechazar y repeler al otro cónyuge de la casa conyugal, la mayoría de las veces, sin explicar razones.

Dicha doctrina adoptada en los países musulmanes o islámicos, sustenta precisamente que el matrimonio se disuelva por repudio, por sentencia judicial o por la apostasía del Islam.

Nuestro Código Civil se adhiere a la tesis divorcista y dentro de ella opta por combinar el divorcio sanción y el divorcio remedio, derivando en un sistema mixto.

Por otro lado, se critica el hecho de que las mismas causal es previstas en la separación de cuerpos sean aplicables al divorcio, tal como lo dispone el artículo 349 del Código Civil; al respecto expone que ciertos hechos "pueden no ser bastante graves para destruir el matrimonio y arrastrar

el interés social al campo de enconadas rencillas domésticas, pero pueden serio para impedir una convivencia normal entre los cónyuges". (Cornejo Chavez, 1987)

2.2.3.4. El divorcio y su evolución en el Perú

- Sobre las instituciones jurídica familiares en la época preincaica, aún existe mucho por conocer. Basadre, nos dice al respecto: "Resulta, pues, si no imposible, por lo menos muy aventurado, ocuparse en detalle de las instituciones en general y específicamente de las de carácter jurídico, anteriores a los Incas. Las clasificaciones tipológicas aparte de su mayor o menos inexactitud, son insuficientes y había que ir al estudio individual de cada cultura. Pero la verdad es que todavía no se le conoce bien. Ni siquiera existe la seguridad de su número e individualidad, pues nuevas excavaciones arqueológicas pueden, en cualquier instante, conducir a descubrimientos sorpresivos. (Basadre, S F)
- Sobre el incanato, se posee mayor información. Así el matrimonio por compra debió existir en todo el Perú. El precio de la compra consistía en esta región, según el rango social del hombre; en llamas, plata o chicha, distinguiéndose entre los curacas y los indios comunes, estos últimos de condición económica más o menos nivelada. El pretendiente entregaba estas dádivas (toma) que significaban arras, las que eran recibidas por el curaca, los padres y parientes de la novia. Existían el matrimonio y concubinato, en forma legal. Recibiendo la esposa y los hijos legítimos mayores consideraciones y tuvieron una posición más prominente o segura. Al respecto Basadre señala que, cabía la circunstancia de que la esposa legítima no se considerase ultrajada con la existencia de otras mujeres al lado del marido. Causas lícitas para el concubinato podían ser desde el punto de vista de la época, la conveniencia de la casta dominante de tener mayor

número de descendientes, el deseo de aumentar la natalidad, el prestigio social, el mejor cuidado de los fines religiosos, económicos y domésticos de la familia. Por otro lado parece que la poligamia existía en las capas altas de la sociedad. Según Cobo no fue delito entre los incas el tener muchas mujeres, siendo una expresión de autoridad, honra y hacienda y era considerado un privilegio especial.

- En la colonia, con la conquista española el Tahuantinsuyo sufrió una quiebra en sus instituciones, implantándose en territorio americano el régimen jurídico castellano. En este derecho, que aún no era español, ya que se encontraba en proceso de unificación y formación más bien era un conglomerado de normas con marcada influencia germánica, romana, árabe, judía y católica. Estas normas fueron: El Fuero Juzgo; los Fueros Municipales; el Fuero Viejo; el Fuero Real; las Partidas; las Leyes de Todo; la Nueva Recopilación; la Novísima Recopilación.

Sobre esta confusa legislación MALLQUI y MOMETHIANO señalan que se siguió un proceso contrario a toda labor legislativa, como es la determinación según idiosincrasia y costumbre de cada pueblo para luego dar al paso al derecho escrito. (MOMETHIANO) El matrimonio no tenía un carácter sacramental, sino civil. Estas uniones tienen como nota específica la ausencia de *affectio maritalis*. Los matrimonios de la forma de linaje imperial se realizaban en forma masiva, concurriendo todos los mozos y mozas casaderas al Cuzco. Allí el Inca se situaba en medio de los contrayentes y convocándolos los tomaba de las manos juntándolos, uniéndolas así en vínculo matrimonial.

Además existieron ciertos tipos de matrimonio consuetudinario de carácter local o regional como el “servinacuy” o “tinkanakuspa”. Este era un “compromiso

entre el pretendiente y el padre de la futura esposa quien contra la obligación de recibir a su hija con prole y todo y la de devolver al pretendiente los obsequios recibidos o su equivalente en dinero o trabajo, si el enlace no llega a formalizarse o a adquirir carácter duradero”. El matrimonio incaico es ante todo, un hecho, en el que predomina el elemento real. El indio se atiene, antes que nada al hecho de la vida en común durante un período más o menos largo. El matrimonio cristiano es indisoluble, el matrimonio indígena no lo es; esto motivó la inevitable resistencia de la población nativa la que tenía un derecho privado constituido por un conjunto de normas consuetudinarias de distinto contenido.

La familia colonial estuvo organizada bajo la influencia cristiana (Iglesia Católica Apostólica Romana y Derecho Canónico), que consideraba al matrimonio como un sacramento, y por ende el vínculo matrimonial era perpetuo, fundado en el amor conyugal, aceptándose tan sólo la separación de cuerpos, por causales específicas. Característica predominante de aquella familia colonial fue la subordinación de la mujer al marido, quedando ésta en relativo estado de incapacidad. Con autoridad paternal fuerte, abarcando amplios poderes sobre las personas y bienes de su familia.

- En la República, tal como lo señala BASADRE, la situación de las leyes a fines de la Colonia era confusa, ya que rigió en materia de Derecho Privado el derecho castellano, puesto que el indiano contenía disposiciones de orden administrativo o político. Se repitió, en forma agravada, por la existencia de derecho adicional, la situación caótica existente en España.

La transformación del Derecho Privado empieza a operarse dentro de las disposiciones aisladas tomadas por los primeros gobiernos del Perú independiente, sea en la forma de Constituciones, leyes o decretos.

- En el año 1825, fue Bolívar quien nombró una comisión para redactar los códigos civil y criminal. La que estuvo presidida por el jurista peruano Manuel Lorenzo Vidaurre. Acción que no tuvo un resultado exitoso. En aquel proyecto sólo se aceptó la separación perpetua sin ruptura del vínculo (“A un pueblo soberano no se le dan leyes contra sus votos públicos”, argumentaba su autor). En la sociedad conyugal la mujer, aunque compañera se hallaba bajo la patria potestad del marido. Las causas de divorcio debían seguirse ante el juez o ante árbitros.

- En el año 1836, se instituyó la Confederación del Perú y Bolivia, promulgándose al Código Civil para los estados Nor y Sur Peruanos. Este código era el resultado de un proceso de recepción mecánica del Código francés. Presentando algunas diferencias, una de ellas precisamente se refería al divorcio que era aceptado únicamente como separación de cuerpos. El código Peruano-Boliviano fracasó fundamentalmente, por causas políticas generales, en razón de la caída de la Confederación. En el año 1845, en el gobierno de Castilla se elaboró un proyecto en el que se mantuvo la opinión de Vidaurre, surgiendo en el seno de la comisión una polémica con respecto al matrimonio.

- En el año 1852, se promulgó un Código Civil, en el matrimonio se realiza conforme a las normas canónicas establecidas en el Concilio de Trento. Teniendo el vínculo matrimonial carácter sacramental, siendo indisoluble, siendo competentes los tribunales eclesiásticos para conocer las causas de separación de cuerpos. Quedando en la jurisdicción de los jueces seculares el conocimiento de los esponsales, alimentos, y en general, todas las causas sobre los efectos civiles del casamiento o separación. Con el código del 1852 se mantiene el concepto tradicional del sacramento pero

independizándolo del concepto contractual. No existiendo otro matrimonio que el católico.

- En 1897, se produce una modificación al promulgarse una ley de matrimonio civil, la cual reguló la unión conyugal de las personas que no profesaban la religión católica.
- En el año 1930, por Decreto Ley N° 6889 el Gobierno del presidente Sánchez Cerró declaró la vigencia del matrimonio civil como único en el Perú, estipulando el divorcio absoluto y la separación de cuerpos (El proyecto se aprobó en el Senado en 1918, y se dictó la ley en 1920, siendo observada por el Poder Ejecutivo). En 1931 se amplió y reglamentó (Decreto Ley 7282).
- En el 1934, se modificó dicha norma, derogando la separación de cuerpos adicionando al divorcio por mutuo disenso, el divorcio por causal, quedando abrogado el Derecho Canónico en nuestra legislación.
- El Código Civil de 1936, admite el divorcio relativo y el divorcio absoluto. Al respecto Vásquez Ríos dice:” El Divorcio fue visto por nuestro legislador de 1936 casi como un pecado, el cual atentaba contra la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la moral de la Iglesia Católica. El legislador de 1936, al entender al divorcio prácticamente como un atentando contra la moralidad, lo legisló como una sanción (se actúa a modo de penalización del cónyuge que ha cometido una infracción de la norma que establece las causas culpables de divorcio). Así sólo cabía el divorcio cuando el marido o la mujer incurrieran en algunas de las causales expresamente señaladas en la ley. El matrimonio debía ser para siempre, pero ante el preciso pecado o acto inmoral de uno de los cónyuges, era precedente declarar el divorcio y sancionar al culpable civil y/o penalmente. Esta visión del divorcio como sanción la encontramos claramente no sólo en

las causales del mismo, sino también a lo largo del articulado donde las palabras “cónyuge inocente y cónyuge culpable” regulan la institución.

- En el Perú el Código Civil de 1852, admitió el divorcio pero tan sólo como un caso de separación de cuerpos.
- Los códigos de 1936 y 1984, adoptan criterios divorcistas aunque con serias deficiencias y defectos. En este último cuerpo jurídico, el divorcio se encuentra regulado en el Libro III, Sección Segunda, Título IV, Capítulo Segundo y, específicamente, en los artículos 348 al 360, últimamente modificado por la Ley 27495.

2.2.3.5. Causales de divorcio en el Perú

En nuestra legislación el divorcio se encuentra regulado por nuestro Código Civil, específicamente en el Capítulo Segundo (Divorcio), Título IV (Decaimiento y Disolución del vínculo), Sección Segunda (Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia), y el artículo 348° establece el principal efecto del divorcio: disuelve el vínculo del matrimonio.

En cuanto a las causales, estas se encuentran reguladas por el artículo 333° del C.C:

- El adulterio
- La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
- El atentado contra la vida del cónyuge.
- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono excede 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, salvo lo dispuesto en el art. 347°.
- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
- La homosexualidad sobreviviente al matrimonio.
- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
- 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.

2.2.3.6. Efectos del divorcio

Eduardo Ignacio Fanzolato sostiene que el derecho-deber de alimentos entre marido y mujer se origina y fundamenta en el vínculo matrimonial que los emplaza en el estado de familia de cónyuges. (Fanzolato, 1991)

El divorcio pone fin al matrimonio y por ende a los derechos y obligaciones que éste genera. Entre los principales efectos se puede mencionar:

Cesa la obligación de alimentar al otro cónyuge.

Se extinguen los derechos hereditarios, de modo que si fallece uno de los cónyuges el cónyuge sobreviviente no es heredero.

Si es que están casados bajo el régimen sociedad conyugal, se extingue esta sociedad, de modo que los bienes adquiridos después del matrimonio ingresan al patrimonio de cada uno.

2.2.3.7. Separación convencional y/o divorcio ulterior

2.2.3.7.1. Definición

Para (CORNEJO CHÁVEZ, 1997), la separación convencional y divorcio ulterior significa que "los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas -que sin embargo no desean ventilar ante los tribunales- o simplemente por el hecho que difieren en el modo de pensar y de sentir, esto es, por incompatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar la cohabitación y solicitan la autorización judicial para exonerarse mutuamente de los deberes de lecho y habitación".

En este tipo de proceso, no se necesita exponer ni probar los hechos que motivaron la separación pues prima la voluntad de las partes.

Son los cónyuges quienes establecen de mutuo acuerdo los términos y condiciones de su divorcio, respecto de sus hijos menores o mayores dependientes, sobre los bienes y/o deudas del matrimonio u otro aspecto que consideren relevantes.

Para tramitarse el divorcio ulterior, primero debe existir sentencia firme de separación convencional (Art. 333 inc.13 del C.C), para luego de transcurrido dos meses pueda solicitarse el divorcio.

La separación convencional se da cuando los cónyuges, de común acuerdo, y siempre que hayan cumplido ya dos años de casados, deciden solicitar su separación porque, sin duda, han comprendido que no es posible que se sigan viendo juntos y que, en todo caso, deben darse un tiempo para reflexionar y decidir sobre su divorcio. En este caso no es necesario que revelen la causa que los lleva a pedir su separación.

A diferencia de la separación convencional, la separación judicial de hecho deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con

excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden. (Díaz, 2005)

Para (CABELLO MATAMALA, 2003), la separación convencional se fundamenta en un hecho objetivo: la imposibilidad de la convivencia entre los cónyuges, aquí no importa la búsqueda por parte del juez de la culpa de quien haya incurrido en alguna de las causales. (Art. 333 del Código Civil).

En este caso ambos cónyuges están de acuerdo en llevar a cabo la separación porque simple y llanamente la convivencia es insoportable, lo que demuestra la libertad de las partes de poder "decidir" poner fin a la convivencia; sin embargo este acuerdo debe contar con la homologación judicial a fin de obtener los efectos legales de la separación de cuerpos.

En el caso específico de la separación convencional, esta procede siempre y cuando hayan transcurrido dos (2) años de la celebración del matrimonio (prevista en el inciso 13 del Artículo 333°), no pudiéndose demandar directamente el divorcio sin previamente haber solicitado la separación de cuerpos. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013).

LEY N° 27495 (2001), afirma que: Regulado en inciso 13 del artículo 333 del Código Civil Peruano, la separación convencional, convertible luego de seis meses en divorcio absoluto, es una casual que está inmersa dentro de la corriente doctrinaria del divorcio remedio.

(CORNEJO CHÁVEZ, 1997) Señala que: El mutuo disenso significa que los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas (que sin embargo no desean ventilar en los tribunales) o simplemente por el hecho de que difieren en el modo de pensar y de sentir, esto es, por incompatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar de cohabitación y solicitar

la autorización judicial para exonerarse mutuamente de los deberes de lecho y habitación.

Que en este proceso no se discute las causas que originan la separación, no se busca quien es el culpable de dicha situación. Simplemente se busca remediar una situación de desavenencia, sin entrar en el análisis de la misma.

2.2.3.7.2. Causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

DIARIO DE DEBATES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2001), afirma que:

La incorporación de esta causal en la legislación peruana fue fruto del apresuramiento y del ineficiente debate legislativo y político

Ninguno de los proyectos anteriores a la modificación establecida en la Ley 27495 contempló esta causal, ni los presentados por la Comisión de Reforma de Códigos de la Mujer y Desarrollo humano, ni los de la Comisión de Justicia. Produciéndose su incorporación en pleno debate legislativo.

(VARSI ROSPIGLIOSI, 2004) Señala que: Es una causa objetiva en la concepción del divorcio remedio. Es objetiva en el sentido de que no implica juzgar las causas de la imposibilidad de hacer vida en común, sino tan solo su constatación fáctica.

Está asociada con esta causal con la existencia de una incompatibilidad de caracteres. Incompatibilidad significa fastidio que tiene una cosa para reunirse con otra. Mientras que carácter es el modo de ser de un individuo, y su forma de reaccionar ante determinadas situaciones.

Incompatibilidad de caracteres es aquella situación en las que los cónyuges ya no mantienen una relación estable y equitativa.

Determinada por diversos factores: psicológicos, funcionales o por la falta de responsabilidad conyugal, económica o sexual y también religiosa, como la diversidad de credos.

(ZANNONI, 2006) Determina que: Son elementos de la causal de separación de cuerpo divorcio por 103 imposibilidad de hacer vida en común.

- a) Existencia situaciones de hecho de las que se deduzca una imposibilidad de los cónyuges de hacer vida común.
- b) El ser manifiesta y permanente esta imposibilidad.
- c) Que sea insoportable la vida en común. La mera desavenencia, desacuerdo, discrepancia o disconformidad no es suficiente (debidamente probada en un proceso judicial).
- d) Que este acreditada esta imposibilidad de vida en común de los cónyuges en un proceso previo con sentencia firme.

El divorcio no se basa en hechos ilícitos que la ley sanciona con el divorcio, sino en presupuestos distintos y diversos que gira en torno de la idea de que en el conflicto conyugal, se presume siempre “la quiebra o el fracaso irremediable” del matrimonio, entre sus eventualidades puede existir o no el adulterio, las injurias, el abandono u otros hechos, pero el conflicto presupone siempre una crisis profunda en la unión matrimonial, que necesariamente precipita la desunión conyugal.

De acuerdo con esta tesis, los requisitos para que se configure la causal de divorcio serían: la desavenencia grave y objetivamente determinable, el fracaso matrimonial como único causal y la convicción de que la sentencia de divorcio es el único remedio para solucionar el conflicto. De este modo, una pareja puede divorciarse cuando el juez compruebe que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, los hijos y, por ende, para la sociedad. (PERALTA ANDIA J. , 2002)

SUB CAPITULO II: MARCO JURÍDICO

ANÁLISIS LEGAL

EN EL ORDENAMIENTO SUPRANACIONAL.

Dada la importancia de la familia, como núcleo y origen de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, es que al igual que con la persona humana en sentido individual, se le ha protegido al nivel de derecho humano en diversos documentos internacionales:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 16° expresa:

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 casarse y a fundar una familia; y disfrutarían de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. En este caso, se rescata el hecho considerar la idea del matrimonio libre entre varón y mujer como antecedente a la formación de una familia: hechos que son considerados como derechos, obviamente por la importancia no sólo para la persona, sino como beneficio para la sociedad. Asimismo, en su artículo 25°, prescribe:
 - Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
 - La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

El cual prescribe en su artículo 23°, donde se reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, rescatando su necesidad de configurarse como

sujeto de protección por parte de la sociedad y del Estado, se reconoce (también) el derecho del hombre y de la mujer a contraer libremente matrimonio y fundar una familia sin tener edad para ellos y por último se crea la obligación a la Estados de garantizar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo y de proteger a los hijos, en caso de disolución del mismo.² Asimismo, se debe mencionar dos pactos internacionales de los que el Perú es parte y sus normas sobre Familia y Matrimonio son vinculantes en el territorio peruano: **La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos.**

Artículo 17. Protección a la Familia. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

- Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
- El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
- Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptará disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.³

En el cual se describe a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y se le asigna el nivel más alto de protección y asistencia posibles, desde su constitución

(matrimonio libre y garantizado por el Estado) y en el cuidado y educación de los hijos. Prescribe en el artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

- Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
- Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
- Se debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La protección jurídica del matrimonio en la Constitución Política del Perú

En el artículo 4° de la Constitución Peruana, actualmente prescribe lo siguiente: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...” (Gutierrez, 2005).

Según nuestra constitución, se advierte que el término familia no está referido única y exclusivamente a la familia nuclear y/o matrimonial; Así mismo, se crea la obligación estatal y social de brindar protección a la familia en sentido amplio, estableciendo especial protección a aquellos miembros en situación de abandono y también a los discapacitados. Respecto a los derechos y deberes que surgen en el entorno familiar, se regula el tema de la paternidad y maternidad responsables.

Entonces, la relación entre padres e hijos establece el deber de alimentar, educar y dar seguridad a los hijos; y el de estos últimos a respetar y asistir a sus padres.

Nuestra Carta Magna, documento en el cual se establecen los preceptos en máximo nivel que rige la legislación peruana, en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993 recoge el libre desarrollo de la personalidad:

“Toda persona tiene derecho a: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.”

Dotando de contenido a este inciso al que hago referencia, el Tribunal Constitucional Peruano ha dicho con respecto al tema que: “Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el ius connubi. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantiza y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independientemente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio.”

Asimismo, en su CAPÍTULO II referido a LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS - Protección a la familia, prescribe lo siguiente:

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece en su segundo párrafo: “Promoción del matrimonio:

La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución del matrimonio son reguladas por ley.”

Al hacer la Constitución peruana referencia a las “causas” de divorcio, prima facie, le impone al legislador ordinario la obligación de establecer causas y por tanto descartar cualquier regulación del divorcio encausado.

EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.

En nuestra legislación el divorcio se encuentra regulado por nuestro Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295, vigente desde el catorce de noviembre de 1984, específicamente en el Capítulo Segundo (Divorcio), Título IV (Decaimiento y disolución del vínculo), Sección Segunda (Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia) y los siguientes artículos que a continuación procederé a transcribir:

"Artículo 248.- Diligencias para matrimonio civil Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.

Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el Artículo 241, inciso 2 y 243 inciso 3, o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.

Acompañarán también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias. Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad

que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes. Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos."

En el capítulo quinto, referido a la Invalidez del Matrimonio:

“Artículo 318.- Fin de la sociedad de gananciales Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

- 1.-Por invalidación del matrimonio.
- 2.- Por separación de cuerpos.
- 3.- Por divorcio.”

“Artículo 319.- Fin de la Sociedad Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del Artículo 333, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.”

“Artículo 340.- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.”

“Artículo 342.- Determinación de la pensión alimenticia El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa.”

“Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los Artículos 340 último párrafo y 341.” 10

En el CAPÍTULO SEGUNDO referido al DIVORCIO, contenido en el TITULO IV sobre Decaimiento y Disolución del Vínculo, prescribe:

“Artículo 348.- Noción El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.”

“Artículo 349.- Causales de divorcio Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333 incisos del 1 al 13.”

“Artículo 350.- Efectos del divorcio respecto de los cónyuges Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de 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.

El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

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

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.”

“Artículo 351.- Reparación del cónyuge inocente Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del

cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.”

"Artículo 354.- Plazo de conversión" Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.” 14

“Artículo 355.- Reglas aplicadas al divorcio Son aplicables al divorcio las reglas contenidas en los artículos 334 a 342, en cuanto sean pertinentes.”

“Artículo 356.- Corte del proceso por reconciliación Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian.

Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346.

Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud.”

“Artículo 357.- Variación de la demanda de divorcio El demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación.”

“Artículo 358.- Facultad del juez de variar el petitorio Aunque la demanda o la reconvencción tengan por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien.”

"Artículo 359.-Consulta de la sentencia Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.”

“Artículo 360.- Continuidad de los deberes religiosos Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.”

“**Artículo 420.-** Ejercicio unilateral de la patria potestad En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.”

“**Artículo 2082.-** Causas y efectos del divorcio y separación de cuerpos Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas. La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.”

EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ.

El Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo N° 768, vigente desde el veintiocho de julio del año 1993, establece en el capítulo pertinente las reglas procesales a las que deben sujetarse los procesos de divorcio, los cuales procederé transcribir.

“**Artículo 24.-** Competencia facultativa. Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:

1. El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos;
2. El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad.”

Asimismo en el Capítulo II, Subcapítulo 1, en relación a la separación de cuerpos o divorcio por causal.

“**Artículo 546.-** Procedencia Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional 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 el inciso 13 del Artículo 333 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este Subcapítulo."

"Artículo 680.- Administración de los bienes conyugales en casos de separación o divorcio.-En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad cónyuge.

CÓDIGO CIVIL:

FAMILIA:

El código Civil Peruano en el artículo 233° prescribe la Regulación Jurídica de la Familia tiene por finalidad Contribuir con su consolidación y Fortalecimiento, en Armonía con los Principios y Normas Proclamados en la constitución Política del Perú. (Placido Vilcachagua, 1984),

Para (Placido Vilcachagua, 1984), la familia prescribe que no es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.

- A. Familia en sentido amplio (familia extendida). En el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que haya vida en común.
- B. Familia en sentido restringido (familia nuclear). En el sentido más restringido, la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la

madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.

- C. Familia en sentido intermedio (familia compuesta). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de la familia solo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta.

MATRIMONIO

El Código Civil Peruano en el artículo 234° define al matrimonio como “la unión voluntaria 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” (Placido Vilcachagua, 1984), entonces puede entenderse que en el ámbito jurídico se entiende por Matrimonio como aquel acto jurídico solemne que se produce por dos personas en pleno uso de sus facultades, con la finalidad de hacer vida en común. Entonces el matrimonio implica un consentimiento válido y libre, por ello es que resulta indispensable la aptitud o capacidad de los 16 contrayentes, para tal efecto es que el Código Civil Peruano regula los impedimentos para celebrar un matrimonio; entiéndase que si no se observara estos impedimentos el matrimonio celebrado sería ineficaz (AGUILAR LLANOS, 2008)

DIVORCIO

ARTICULO 348° CC

El Divorcio Disuelve el vínculo del matrimonio.

Que el divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, y por la cual se pone fin a los deberes conyugales y a la sociedad de Gananciales, si es que los conyugues optaron por dicho régimen patrimonial. (Cas N°01- 99- Sullana, El Peruano, 31-08-1999, p. 3386)

CAUSALES SON CAUSAS DE SEPARACIÓN DE CUERPOS:

Artículo 333°.-

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."

LEYES ORDINARIAS

DIVORCIO EN SEDE JUDICIAL

El artículo 333 inciso 13° del Código Civil, estipula que para la procedencia de la separación convencional tiene que haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio, para que ambos cónyuges puedan solicitar la separación de cuerpos. Este requisito se cumple en la fecha de presentación de la demanda, adjuntando por supuesto la partida de matrimonio civil, para acreditar tal exigencia.

Debe de existir un acuerdo entre los conyugues en lo que concierne respecto al régimen alimenticio para los hijos y la conyugue, tenencia o régimen de visitas de los hijos si los hubiera, se presentará dicha solicitud con la Propuesta de Convenio en el

caso que hubieran hijos menores de 18 años en el caso de hijos mayores con incapacidad. En el caso no haya hijos menores, se presentará un lista legalizada de los bienes. Las firmas deberán legalizarse ante un Notario Público.

El juez determinara la posibilidad de aprobar o desaprobar el acuerdo planteado, cuando se trate de pensión alimenticia, la patria potestad y otros derechos de los menores o incapaces. El Ministerio Público tiene un papel fundamental pues protegerá al vínculo familiar y a los hijos menores de edad.

DIVORCIO EN SEDE MUNICIPAL Y SEDE NOTARIAL

Con la Ley N° 29227, Ley que Regula el Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarias, cuya publicación fue el 16 de mayo de 2008, se le otorgó competencia a los Notarios y a las Municipalidades para conocer los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en la vía del proceso no contencioso, modificando para este aspecto el Código Civil, Código Procesal Civil y la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. (Yolanda, 2014)

La causa de que se haya emitido esta ley otorgando competencia por estos procesos a Municipalidades y Notarios, es debido a que se trata de procesos no contenciosos, a consecuencia de que no existe disputa entre los cónyuges, por ende el interés de los cónyuges radica en que el vínculo matrimonial existente se deje sin efecto lo antes posible; entonces es por ello que se pensó que lo idóneo era delegar esta competencia a las Notarías y Municipalidades, de tal manera que este proceso sea mucho más rápido.

Sin embargo es necesario traer a colación que del texto de la Ley N° 29227, se señala que la duración del procedimiento de separación convencional será por tres meses; sin embargo, en la práctica si se compara la duración real de un proceso que se tramita en la sede notarial o municipal y otro que se tramita sede judicial, no existe diferencia considerable en cuanto a la duración, ello debido a que en la sede notarial se exige una serie de requisitos y presentación de documentos previos, que ocasionan que este procedimiento no sea tan rápido como se publicitó (Yolanda, 2014)

SUB CAPITULO III:

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA DEL PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

❖ **Guatemala**

Artículo 106 inc 2: C.C

El divorcio cuando es por mutuo acuerdo hay que esperar que se cumpla un año por lo menos contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.

Una de las causas principal es la violencia intrafamiliar, también las razones económicas, que propician las condiciones adversas al matrimonio, luego está la falta de educación sexual, que con más frecuencia genera problemas, por los embarazos no deseados que se presenta durante el noviazgo, y que la mayoría de jóvenes sienten presión social para contraer matrimonio; en la cual todo esto encaminaría hacer una familia desintegrada en un futuro no muy lejano.

❖ **Las Vegas Nevada**

Art. Las Vegas, es conocida como el lugar donde se puede adquirir un divorcio rápido y sin entrapamientos legales, Y uno de sus requisitos son:

Que los cónyuges se encuentren separados, sin tener vida en común, por un periodo de un año, antes de solicitar el divorcio.

Uno de los requisitos fundamentales para el divorcio rápido o de mutuo acuerdo en Las Vegas, es que ambos cónyuges presten su consentimiento.

El tiempo que puede demorar este tipo de divorcio es de 1 a 3 días, contando desde el día que se presentaron los documentos ante la Corte.

En esta clase de divorcios que existen hijos menores de edad, los esposos deben de igual forma presentar prueba de cada aspecto de la asistencia a una clase TransParenting para cada padre que pueda aportar una Manutención de Menores y la Hoja de Identificación Partido del Bienestar.

❖ **Chile**

Artículo. N° 51 inc. 1° y 2°) C.C, El Divorcio de común acuerdo, lo solicitan los cónyuges, ante el juez acreditando que su convivencia ha cesado por un lapso superior a un año.

No interesan las razones en la cual se produjo el quiebre matrimonial, porque hace imposible la vida en común de los conyugues y con la constatación del cese de

convivencia de esta manera se evitara que los tribunales de familia se ventilen aspectos privados delicados a la relación conyugal que muchas veces seria doloroso volver a vivir.

❖ **México**

Artículo 274 C.C El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la **celebración** del matrimonio.

Que el divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran en pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio, Que existen intereses sociales que los matrimonios no se disuelvan fácilmente, pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos”.

❖ **España**

Artículo (81 inc. 1) C.C., A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el requisito mínimo un año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los arts. 90 y 103 de este Código.

El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año interrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

SUB CAPITULO IV

ANÁLISIS SITUACIONAL DE LA TESIS

Es nuestra realidad problemática se ha expresado que existe impedimentos para quienes deseen dar por terminado vínculo matrimonial lo cual no se encuentran vigentes los cónyuges, esto es, donde cada cónyuge realiza actividades o independientes uno del otro, sin que se convoque la participación de ambos cónyuges como si se tratase de un matrimonio sólido.

Lo que motiva a realizar la tesis es precisamente ese impedimento que tienen las personas y que resulta necesario crearles un marco legal que les permita seguir con su vida sin estar atados a vínculos jurídicos ineficaces a la realidad en que viven las personas. De nada serviría que una persona siga “atada” a otra por un tiempo determinado, que a decir de la presente tesis es exagerado, como es el plazo excesivo de los dos años. Este plazo como veremos más adelante limita y restringe el desarrollo personal de las personas.

Ejemplos de legislación extranjera la tenemos, y se han detallado líneas arriba, por ello es necesario desarrollar un nuevo marco legal que permita crear nuevas soluciones a situaciones de vínculos matrimoniales no vigentes.

Considero que, de acuerdo a la realidad problemática, el marco teórico que abarca marco legal y doctrinario, y la legislación extranjera tomada como ejemplo; que mantener la normatividad sustantiva (artículo 333° inciso 13 cc), crea limitaciones y restricciones en las personas en los siguientes aspectos:

En el aspecto Patrimonial:

Las personas al contraer matrimonio, ello hacen convencidos que llevarán una vida de unión, de asistencia, y coincidencia de emociones y sentimientos, y además se crean expectativas que van desde formar una familia hasta crearse un patrimonio que respalde o fortalezca la situación económica de dicha familia. En ese sentido, se aprecia que dentro de los proyectos familiares están adquirir una vivienda, enseres de hogar o un vehículo, en general bienes muebles o inmuebles. Pero que sucede cuando ya existe una separación convenida o concertada entre ambos, y cada uno empieza a realizar actos propios e independientes, tal vez a título personal o ya en unión con nuevas personas,

entonces se crean nuevos proyectos de vida; y el mantener vigente el vínculo matrimonial excesivo se convertirá en una cadena forzada para ellos.

Que en nuestra legislación peruana el legislador ha establecido el plazo de dos años para el divorcio, este plazo es perjudicial porque no solo afecta a los derechos patrimoniales lo cual los conyugues no pueden disponer de su propio patrimonio, este plazo de dos años perjudica y a la vez obstaculiza significativamente las transacciones comerciales para comprar o vender bienes, solicitar tarjetas de crédito, entre otras transacciones y que es el causante de este plazo de dos años que resulta excesivo que dificulta al poder disponer libremente de su patrimonio.

Un ejemplo claro del plazo perjudicial seria : En el caso de adquirir un nuevo vehículo automotor, el conyugue separado no podría participar a título personal también tendría que participar su conyugue ,cuando aún ya están separados por más de un año y esto se da porque todavía legalmente estaría ligado jurídicamente mediante el matrimonio a una persona con quien ya no le une vinculo de afinidad hacia el cónyuge, por el contrario solo se estaría al pendiente de la conclusión del plazo de dos años, para proceder a la separación convencional esto demuestra que el plazo de espera perjudica notablemente a quien realmente se encuentra separado sin ánimos ni intención de reanudar la relación. El matrimonio es un acto de liberalidad, voluntario en la cual uno mismo decide cuando casarse y uno mismo debe decidir cuándo ponerle fin al vínculo matrimonial y no estar sometido a un plazo largo que resulta perjudicial para los conyugues que por mutuo consentimiento quieran ponerle fin al vínculo matrimonial porque se hace imposible la vida en común, Y no puedan disponer libremente de su patrimonio ya que están casados bajo este régimen de sociedad de gananciales en lo cual que el nuevo patrimonio que ellos adquieran por motivos de su trabajo le pertenecerá a la otra parte en lo cual es perjudicial porque a futuros los conyugues estarán totalmente divorciados.

En el Aspecto Legal

El matrimonio como se ha establecido líneas arriba crean un vínculo no solo sentimental sino legal, y como se tiene derechos y obligaciones entre los cónyuges y de estos frente a terceros. Sin embargo la separación convenida o concertada, si bien se da de hecho, le crea a los cónyuges una situación jurídica legal irreal en relación a los hechos actuales, pues no teniendo vínculo familiar de facto con la o el conyugue sigue unido por una

Partida de Matrimonio, es decir el vínculo legal permanece inactivo en cuanto a derechos y obligaciones, pues ninguno de los cónyuges tiene la intención de reclamar derechos o contraer obligaciones frente al cónyuge con quien quiere separarse primigeniamente o divorciarse a posteriori.

En el Aspecto Sentimental

Antes de contraer matrimonio, dos personas primer se conocen se crean vínculo de amistad y poco a poco se van creando vínculos afectivos, emocionales y posteriormente sentimentales. El fortalecimiento del vínculo sentimental crea un compromiso, y cual llega en ocasiones al altar, al matrimonio, que como se dijo, este vínculo matrimonial crea derechos y obligaciones a los cónyuges. Sentimentalmente, el cónyuge se encuentra ligado por el cariño, el afecto y la consideración, y fundamentalmente el amor. Sin embargo, cuando un matrimonio ya no tiene ese vínculo sentimental, y ambos deciden separarse y seguir sus vidas de modo separado, donde cada uno, realizara sus proyectos personales sin la participación del otro. Dentro de esos proyectos personales esta la interrelación de personas con otra; y es allí donde se pueden generar nuevos vínculos afectivos con terceras personas. El vínculo matrimonial que, a decir de la presente tesis, se encuentra inactivo, cuando dos personas están separadas convencionalmente, le impide a la persona acercarse a una mujer o a un hombre, pues podría desencadenar una causal de adulterio porque limita a un nuevo proyecto de vida, sea personal o familiar; siendo por tanto que el plazo de dos años resulta siendo excesivo y perjudicial para las personas.

En el aspecto Personal:

Una vez separada las personas convencionalmente, y tal como está establecido en la normatividad actual, que es de dos años, este plazo resulta perjudicial, pues como toda persona necesita desarrollar actividades propias y personales, incluso si esta persona quisiera retomar una vida sentimental con una tercera persona. El vínculo matrimonial que a la separación se vuelve inactivo (pues como se indicó, no derechos ni obligaciones) le impide desarrollar nuevos proyectos personales y nuevas expectativas de vida.

SUB CAPITULO V:

PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

COMPETENCIA

El Juez competente de conocer el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, es el de familia a tenor de lo dispuesto por el artículo 547 del Código Procesal Civil.

Territorialmente es juez competente de conocer dicho proceso el del último domicilio conyugal o donde vive el demandado (art. 24 inc.2° C.C.)

PROCEDENCIA

El artículo 333 inciso 13° del Código Civil, estipula que para la procedencia de la separación convencional tiene que haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio, para que ambos cónyuges puedan solicitar la separación de cuerpos. Este requisito se cumple en la fecha de presentación de la demanda, adjuntando por supuesto la partida de matrimonio civil, para acreditar tal exigencia. Me parece que dos años para solicitar la separación conjunta es demasiado, porque un año es tiempo suficiente para que ambos cónyuges se conozcan a la perfección, con defectos y virtudes, y por ende pueden decidir la continuación o terminación del mismo, ya sin actitudes irreflexivas o inmaduras. Pero menos de un año autorizar un divorcio, es fomentar en alguna medida uniones irreflexivas, porque se estaría desvirtuando la finalidad del matrimonio que en la teoría es una institución destinada a durar toda la vida.

Entonces, después de los dos años de celebrado el matrimonio civil ambos cónyuges pueden solicitarla separación convencional, por incompatibilidad de caracteres, sin necesidad de esgrimir los graves hechos que son materia de conflicto y que se cubren en el acuerdo mutuo. Lo que no sucede en el divorcio por causal, que se puede demandar al día siguiente de conocida la causal específica.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La separación convencional encierra una solución auto compositiva que requiere de la procesalización para alcanzar los objetivos que se busca. Aquí ambos cónyuges van a unirse para conformar una sola parte, para enfrentarse al Ministerio Público, quien actuará en calidad de parte, para completar la bilateralidad del proceso. Esta

procesalización estará orientada a la aprobación judicial del convenio presentado. (LEDESMA NARVÁEZ, 2008)

El Ministerio Público interviene como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y como tal no emiten dictamen. La participación del Ministerio Público como parte en los procesos de divorcio o separación, es innecesaria, porque sólo tienen una función; controlar la legalidad de las formas, que ya están garantizadas con la intervención del juez. Si no hay hijos o habiéndolos, estos son mayores, entonces no interviene el Ministerio Público.

DEMANDA

El proceso se inicia con la presentación conjunta de ambos cónyuges, adjuntándose a partida de matrimonio civil, con los requisitos exigidos en el artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil, especificando cuál es el domicilio conyugal, para los efectos de fijar la competencia por territorio. Si se hubiesen procreado hijos dentro del matrimonio, se adjuntarían las partidas de nacimiento respectivas.

✓ Requisito especial de la demanda

La separación convencional parte del supuesto de la existencia del concierto de voluntades de los propios cónyuges, para buscar la separación de cuerpos y posterior disolución del vínculo conyugal. Prueba de ello es la propuesta de convenio que las partes someten al juez, en la que de mutuo acuerdo han regulado el ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales, previo inventario valorizado de los bienes, si lo hubiera. (LEDESMA NARVÁEZ, 2008)

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

Deberá contener, los acuerdos sobre:

- Patria Potestad.- De haber hijos se deberá especificar, quien ejercerá la patria potestad, vale decir, al cuidado del cual de los cónyuges quedarán.
- Régimen alimenticio.- El acuerdo del monto de la pensión alimenticia que acudirá el padre para su esposa e hijos, si la hubiera. La esposa podrá hacer renuncia

expresa de los alimentos que le acuerda la ley. Son irrenunciables, el derecho alimentario de los hijos.

- Régimen de Visitas.- se consignara en el convenio, el acuerdo de los días y horas de visita que harán los padres para mantener el contacto directo con sus hijos.
- Liquidación De La Sociedad De Ganancias.- se consignaran en poder de los días y horas que los bienes muebles o inmuebles de haberlos, bajo un inventario que solo requiere la firma legalizada de los cónyuges.

AUTO ADMISORIO

Admitida la demanda, se dan por ofrecidos los medios probatorios acompañados y se corre traslado al Fiscal Provincial, por el plazo de cinco días. Con la contestación de la demanda o sin ella, se fija fecha para la audiencia única de saneamiento, conciliación, pruebas, alegatos y sentencia.

AUDIENCIA ÚNICA

Estando presentes ambos cónyuges con o sin la presencia del Ministerio Público, se lleva a cabo la diligencia; el Juez sanea el proceso, declarando valida la relación jurídica procesal, si al revisar nuevamente la demanda observa que se ha cumplido con los requisitos de ejercicio de la acción y con los presupuestos procesales.

Acto seguido el Juez propiciara la conciliación entre los cónyuges, quienes explicaran sus razones y las causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, y por lo tanto su deseo de continuar la separación, luego el juez propondrá su fórmula conciliatoria para que los cónyuges se reconcilien, teniendo en cuenta el bienestar de los hijos y el trauma que pueda causar esta separación para la prole. Si los cónyuges no aceptan la conciliación se continuará la audiencia.

Continuando con la audiencia y como no se han contradicho los hechos que sustentan la demanda y como no existen puntos controvertidos por su carácter especial, se procede a la admisión de los medios de prueba presentados en la demanda, como son la partida de matrimonio civil, partidas de nacimiento la propuesta del convenio, el inventario si los hubiera, etc. Y de conformidad con lo dispuesto por el art. 578 del Código Procesal Civil, se concede el plazo de 30 días a los cónyuges demandantes, a fin de que si consideren pertinentes a sus intereses, revoquen su consentimiento a la separación. Con lo que termina la audiencia única. Vencido los 30 días y si ninguno

de los cónyuges, ha revocado su consentimiento, el juez expedirá sentencia a pedido de parte.

Revocación del consentimiento a la separación.- Dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia, cualquiera de los cónyuges puede revocar su decisión en cuyo caso se archiva el expediente. No se admite revocación parcial o condicionada (art. 578 C.P.C.).

Si uno de los cónyuges dentro de los 30 días revoca su decisión de no seguir con la separación, concluye el proceso.

La separación convencional permite que las partes, durante el proceso, puedan reanudar su vida conyugal o reafirmar su posición de poner fin al vínculo conyugal. En el primer caso, dice (CORNEJO CHÁVEZ, 1997): "Si los cónyuges de buena fe creyeron imposible la convivencia matrimonial, llegan después de un período de separación al convencimiento que sus diferencias no son realmente insalvables, que la vida en común les depara ventajas que antes no apreciaron y que por todo ello hallan deseable y útil renovar sus normales relaciones".

La norma regula el arrepentimiento de uno de los cónyuges solicitantes de la separación convencional. Esta revocación debe operar dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia y lo puede hacer cualquiera de los cónyuges, en cuyo caso se archiva el expediente. Es un acto unilateral, puro, sin condicionamientos. (LEÓN BARANDIARÁN, 2002)

Vencido dicho plazo ambos cónyuges conjuntamente pueden revocar su decisión de continuación la separación. Es este último caso el juez ordena se corte el proceso. Si la reconciliación se produjera después de la sentencia, los cónyuges lo harán presente dentro del mismo proceso (art. 346 del C.C.)

SENTENCIA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS

Es la primera sentencia en el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, el juez falla declarando fundada la demanda, legalmente separados a los cónyuges, pone fin a los deberes de lecho y habitación, disuelta la sociedad legal, asimismo se manifiesta sobre la patria potestad de los hijos si los hubiera y conforme a la propuesta por los esposos, fija el régimen de visitas, el monto de la pensión alimenticia, y dejando subsistente el vínculo matrimonial. Como sabemos esta sentencia ya no sube

en consulta al inmediato superior (art. 579 C. P.C.)

Producida la separación convencional el régimen de gananciales, si era el que se venía ejerciendo, queda ipso iure sustituido por el de separación de patrimonios. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013)

A pesar de tratarse de una separación convencional, donde las partes -de mutuo acuerdo- han definido los regímenes del ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales, en los términos que aparecen en la propuesta del convenio; dichas prestaciones están sujetas a revisión por el juzgador, quien puede desaprobárselas por contener acuerdos contrarios a la ley o por ser perjudiciales a los derechos de los menores o incapaces. (LEÓN BARANDIARÁN, 2002)

DECLARACIÓN DE DIVORCIO

La declaración de divorcio que se solicita es de naturaleza constitutiva, porque busca alterar, cambiar la relación jurídica entablada para disolverla. En tanto no exista esa declaración judicial, la situación estará suspendida hasta que los cónyuges decidan exigir dicho pronunciamiento. (Placido vilcachagua, 2001)

Después de transcurridos dos meses de dictada la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges puede pedir que se declare el divorcio.

En la separación de cuerpos convencional, el Juez tiene un plazo de tres días luego de notificada a la otra parte, para expedir la segunda sentencia que declare el divorcio, vale decir, disuelto el vínculo matrimonial, y ordenándose se pasen partes al registro personal y que se oficie al Concejo Distrital o Provincial, en donde se contrajo el vínculo, para que se anote al margen del Libro de Registro Matrimonial la sentencia de divorcio, Esta decisión final, no sube en consulta, como lo estatuye el numeral 359 del Código Civil (Modificado por la ley 28384 Art. 2)

SUB CAPITULO VI:

REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO

DEFINICIÓN

Por régimen patrimonial debemos entender el conjunto de reglas que regulan la relación patrimonial entre los cónyuges y frente a terceros, así tenemos que el patrimonio generalmente está formado por un conjunto de bienes y derechos, obligaciones y deudas, que son valorables económicamente y que tiene toda persona.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio determinan cómo contribuirán los cónyuges en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros, así como en qué medida esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los esposos. (Placido Vilcachagua, 1984)

CLASES

El Código Civil organiza económicamente el matrimonio en dos regímenes patrimoniales: el de separación de patrimonios y la sociedad de gananciales.

- Sociedad de Gananciales

La sociedad de gananciales proviene del término “societas” que significa asociación de personas que cumplen un fin mediante la cooperación, y de ganancial o gananciales que es sinónimo de provecho, utilidad o de lucros nupciales. (Gullón, 1983)

La sociedad de gananciales viene a ser las ganancias o beneficios económicos que los esposos obtienen al finalizar el matrimonio. (Almeida Briceño, 2008)

La conceptualización de la sociedad conyugal como sujeto de derecho le va a otorgar un plus de protección a la estabilidad familiar ante eventuales contingencias que pongan en riesgo no sólo el patrimonio social frente a terceros, sino el patrimonio propio de los cónyuges ante una eventual ruptura y el abuso de facultades que pueda ejercer el cónyuge que se encuentre en mejor posición económica. (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2012).

El fundamento social de la protección de la Sociedad de Gananciales es que esta es protegida por la Ley y la Constitución como parte de una unión conyugal que formará en el futuro una familia. Esta sociedad de gananciales servirá para la

disposición común de bienes entre estos y en gastos adecuados de vivienda, educación y salud para sus futuros hijos. Por último, los cónyuges podrán disponer de los bienes de esta sociedad cuando estén ancianos y obtener de ellos capital para su jubilación. (Llanos, 2008)

En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

Los bienes propios son aquellos que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio y los que adquiere durante éste a título gratuito, por subrogación real con otro bien propio, o por una causa o título anterior al matrimonio, también están comprendidos los bienes adquiridos después por herencia, legado o donación, estando previsto en el artículo 302 del Código Civil la relación de bienes propios, como son las indemnizaciones por accidentes o seguros, los derechos de autor e inventor, los implementos laborales o profesionales, las acciones y participaciones de sociedades, la renta vitalicia, los vestidos y objetos de uso personal.

En relación a los bienes propios, cada cónyuge tiene el derecho de administrarlos, con excepción de los frutos provenientes de los bienes propios, pues estos son bienes sociales, y cuando el cónyuge propietario de los bienes permite que sean administrados por el otro; además el cónyuge propietario de los bienes propios puede gravarlos o disponer de ellos libremente, sin intervención del otro cónyuge. En este régimen durante la sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges no puede renunciar a donaciones, herencia o legados. (Llanos, 2008)

Los bienes sociales son aquellos objetos corporales e incorporales que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y aún después de su disolución por causa o título anterior a la misma. (Almeida Briceño, 2008)

Se ha esbozado diversas teorías y propuestas, tales como que es un contrato de sociedad, una persona jurídica, una copropiedad, entre otras, siendo la mayor parte de ellas insuficientes, si no erróneas. Sin embargo, la que acerca más a su realidad es la teoría alemana de que es un patrimonio en mano común (origen del término mancomunidad), en el que no existen partes alícuotas; cada parte participa en el todo.

Recalcar que se trata de la comunidad es bastante adecuado, pues es preciso distinguirla de la copropiedad institución completamente diferente; de igual forma las teorías que apuntan a considerarla una persona jurídica han sido desvirtuadas en la actualidad. (Jimenez Vargaz Machuca, 2007)

Respecto a la administración de los bienes sociales, este corresponde a ambos cónyuges, sin embargo hay excepciones, asignándose la administración a uno de los cónyuges por expresa autorización del otro consorte, uno de los cónyuges asume la administración por ausencia del otro, o estando presente, está impedido por interdicción u otra causa; y, por abandono del hogar conyugal de uno de los consortes, asume de pleno derecho la administración el otro.

Para la disposición de los bienes, por regla general, se requiere la intervención de tanto el marido como de la mujer, pero cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

- **Separación de Patrimonios**

Se regula en el artículo 327 y siguientes del C.C., el cual indica que en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes. El régimen de separación de bienes, se funda en la independencia absoluta del patrimonio de los cónyuges, como si fueran solteros; respondiendo, entonces, cada uno de las obligaciones que contraigan.

En este régimen de separación los cónyuges conservan la propiedad, administración y goce de sus bienes. Crean una total independencia patrimonial entre ambos; y cada uno es responsable de las deudas que contraigan. (Arias Schreiber M. , 2002)

Se caracteriza por la coexistencia de dos patrimonios privativos pertenecientes a cada uno de los cónyuges en forma independiente, de modo que cada cónyuge conserva la titularidad y la administración de sus bienes.

El régimen de separación de patrimonios, también denominado "régimen de separación de bienes", se constituye en un régimen general y autónomo, "que se gobierna por el principio de la independencia entre los cónyuges en la titularidad de los bienes y en la gestión de los mismos". (Arias Schreiber P. M., 1997)

En los países europeos se estila especialmente en pactar este régimen de separación de patrimonios, otorgándose por escritura pública; de otro lado el régimen de comunidad europeo se inclina a establecer bienes propios y comunes con ganancias al finalizar el vínculo matrimonial que serán distribuidas conforme a la participación de los bienes de cada cónyuge. (Avendaño Valdez, 2007)

Al fenecer el régimen de separación de patrimonios, deben entregarse a su propietario los bienes que estuviesen en poder del otro cónyuge, a menos que medie alguna eventualidad que autorice el derecho de retención, por ser éste acreedor de aquél y su crédito no está suficientemente garantizado. (Vilcachagua, 2007)

Los contrayentes tienen la posibilidad de elegir libremente, en forma expresa o tácita, el régimen patrimonial del matrimonio que celebrarán, así como, una vez casados, cambiar (en forma expresa) el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios o viceversa, esto cuantas veces lo consideren conveniente, sin necesidad de proceso judicial alguno, como una ocurrencia normal en la vida del matrimonio.

Plácido, indica que la separación de patrimonios constituye un régimen patrimonial del Matrimonio con carácter autónomo y originario.

A diferencia del régimen de gananciales, el de separación de patrimonios requiere ser inscrito en el Registro Personal, tanto si es elegido antes del matrimonio como si se opta por él durante el transcurso de éste.

El régimen de separación de patrimonios puede ser optado originariamente o con posterioridad a la celebración del matrimonio (ya sea por decisión voluntaria o en los casos especiales, como la proveniente de demanda de separación de patrimonios por uno de los cónyuges cuando el otro ha abusado de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa, o la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges) -en cuyo caso habrá que efectuar la liquidación y partición del régimen de comunidad-, el patrimonio de cada cónyuge queda constituido con los bienes que eran propios, con los gananciales que le fueron adjudicados en la partición (ex gananciales) y con los bienes que sigan incorporándose a su patrimonio después de la disolución de la sociedad de gananciales.

DERECHOS PATRIMONIALES EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

ADMINISTRACIÓN COMÚN DEL PATRIMONIO SOCIAL

En lo correspondiente a la gestión de los bienes que integran el patrimonio común, el Código Civil ha regulado de manera independiente los actos de administración (art. 313° y 314° CC), de los actos de disposición (art. 315° C. Civil) que pueden realizar los cónyuges sobre dichos bienes. De la referida normativa se desprende que por recaer sobre los bienes comunes derechos de los que ambos cónyuge son titulares, corresponde a ellos de manera conjunta administrar y disponer de ellos, de forma tal que el acto practicado sobre los bienes comunes, sin la participación y consentimiento de uno de ellos será ineficaz. Al respecto la legislación nacional ha optado por la representación como uno de los mecanismos que permite la gestión del patrimonio común por uno sólo de los cónyuges, sin regular sobre estos extremos la forma que ha de revestir el acto de apoderamiento que otorga un cónyuge a favor del otro. De acuerdo a esto, en lo que respecta a los actos de administración sobre los bienes comunes a los que se refiere el art. 313° del Código Civil, el poder conferido deberá calificarse como general, según lo dispuesto por el art. 155° del Código Civil, cuando sea otorgado para la realización de todos los actos que normalmente realizaría un titular para la realización de su patrimonio.

En el ámbito registral se ha formado como criterio que la adquisición de bienes inmuebles de los casados requiere necesariamente el asentimiento de ambos cónyuges, a partir de una interpretación a contrario sensu del segundo párrafo del artículo 315 del Código Civil. (BRAVO CUCCI, 2010)

Por otro lado, para los actos de disposición del patrimonio común, el Código Civil dispone en el primer párrafo del Art. 315°, que se deberá contar con poder especial conferido por el cónyuge no participante en la negociación.

El acto de administración es aquel que, sin alterar la integridad del patrimonio, tiende a su mantenimiento, mejoramiento o generación de frutos; mientras que el acto de disposición es aquel que altera la integridad del patrimonio. De ese modo, la actividad de "administración" excluiría todo acto que pudiera afectar, directa o indirectamente, los bienes singulares que lo componen: cualquier acto del que resulte la sustitución de un bien por otro o un derecho por otro, aunque derivara, en los hechos, en una ventaja

patrimonial, excedería el concepto de "administración" así entendido. La idea central es, por lo tanto, la mantención del patrimonio en un idéntico estado, conservando inalterable la individualidad de los bienes singulares que lo componen. (Plácido Vilcachagua, Alex, 2010)

Sin embargo esta disposición, enunciada a manera de regla general parecería restringir sus alcances a la regulación de los actos de disposición efectuados sobre bienes comunes de naturaleza inmueble, si se integra la norma comentada sobre la interpretación de la norma comentada con el segundo párrafo de esta, al no sujetar las adquisiciones de bienes muebles al requisito previo de otorgamiento de poderes. (ARATA SOLÍS, 2011)

El artículo 315 del Código Civil contiene una regla y tres excepciones, la primera señala que para disponer o gravar bienes sociales se requiera la intervención del marido y de la mujer. Las excepciones a dicha regla son:

- a. Cuando uno de los cónyuges delega al otro el ejercicio de tal facultad, mediante poder especial.
- b. Los actos de adquisición de bienes muebles.
- c. Los actos considerados por leyes especiales.

En estos supuestos de acto de disposición o de gravamen puede ser realizado por cualquiera de los cónyuges. Con esta aparente sencillez nuestro ordenamiento legal pretende abordar una materia que entraña problemas de difícil solución dentro del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, especialmente cuando uno de los cónyuges, infringiendo la regla contenida en dicha norma, dispone o grava uno o más bienes sociales, sin asentimiento de su consorte a favor de un tercero que actúa sin conocimiento de este hecho; supuesto al que es denominado como disposición arbitraria del patrimonio social. (ARATA SOLÍS, 2011)

Conforme al artículo 317 del Código Civil, de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán los bienes sociales y, subsidiariamente, los bienes propios de ambos cónyuges en partes iguales. Este sistema de responsabilidad por las cargas sociales es una evidente garantía para el acreedor y también para la propia economía familiar: al fortalecer el crédito familiar, evita la desconfianza del acreedor sobre la incertidumbre de los bienes que responderán de la deuda. (BRAVO CUCCI, 2010)

Existen dos posiciones concretas sobre la afectación de bienes sociales por deudas personales:

1. La tesis de la inembargabilidad: Esgrime como fundamento que los bienes sociales no responden por deudas personales de uno de los cónyuges, toda vez que los bienes de la sociedad pertenecen a ambos consortes, mas no a cada uno de los mismos, no es posible, por tanto, determinar porcentajes de propiedad ni cuotas ideales para cada uno de los esposos, porque no están sujetos al régimen de la copropiedad, en tanto y en cuanto constituyen un patrimonio autónomo e indivisible, pero será factible establecer los gananciales de cada cónyuge solo cuando haya fenecido y liquidado la sociedad.
2. La tesis de la embargabilidad: A diferencia de la anterior tesis, sostiene que los bienes sociales responden por deudas privativas, no solo porque en dichos bienes cada uno tienen cuotas ideales, derechos y acciones, sino también porque los mismos constituyen la prenda común de los acreedores, por lo que es factible trabar embargo en las cuotas ideales de cada uno. En la práctica se han dado tres formas de afectar dichos bienes:
 - Embargando la totalidad del bien social,
 - Afectando el cincuenta por ciento de los derechos y acciones del cónyuge deudor e inclusive llevándose a remate público,
 - Embargando los gananciales del cónyuge deudor, sujeto al fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales.

El acreedor ante el incumplimiento de pago de la obligación por parte del cónyuge deudor, ante el incumplimiento de pago de la obligación por parte del cónyuge deudor persigue toda clase de bienes matrimoniales, sean estos propios de cada cónyuge o bienes de la sociedad conyugal, sin importar la naturaleza de estos con tal de recuperar sus acreencias cuanto antes, de ese modo el acreedor afecta los bienes sociales por deudas personales de uno de ellos. En esta perspectiva el acreedor unas veces consigue afectar con éxito los bienes sociales e inclusive ejecutarlos hasta hacerse pago de sus acreencias; sin embargo, esta actitud para muchos constituye un acto arbitrario y abusivo del acreedor, teniendo en cuenta que los bienes sociales son inafectables por constituir un patrimonio autónomo e indivisible; otras veces los acreedores se han visto en situaciones difíciles, puesto que no han podido afectar bienes de la sociedad ni recuperar sus créditos otorgados, en razón de que los Jueces les han negado toda posibilidad de afectar tales bienes por considerar que son inafectables. (CASTRO PÉREZ TREVIÑO, 2003)

ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES Y PROPIOS POR EL OTRO CÓNYUGE

En los casos en que funciona la administración unilateral transferida se da cuando se ha otorgado por poder a un cónyuge, el cónyuge administrador solo podrá realizar actos tendientes a conservar los bienes sociales y a hacer que éstos produzcan sus frutos y productos y percibirlos, con el propósito de atender al levantamiento de las cargas familiares. De otra parte, la administración unilateral transferida termina cuando se revoca el poder y cuando desaparezca la causa que la motivó, lo que operará en la misma forma en que aquélla se constituyó. (Plácido Vilcachagua, Alex, 2010).

Es claro que la administración transferida no faculta la realización de actos de disposición que no estén destinados al levantamiento de las cargas familiares. Aquellos que excedan la potestad doméstica están prohibidos, salvo que por causas justificadas de necesidad o utilidad sean requeridos para atender al interés familiar. En tal eventualidad, puede recurrirse al juez para que autorice el acto. (Díaz, 2005)

2.2.4. Definición de términos

- **Familia.-** Es una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas, unidas íntimamente por vínculos de sangre o por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación, y que se sujetan a una conducta y convivencia en un mismo domicilio. (MALLQUI, 2001: 23)

- **Matrimonio.-** Sociológicamente es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley. Desde el punto de vista del Derecho, es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos. El artículo 234° del Código Civil señala que “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 , En cierta manera existe unanimidad en que, a través del matrimonio, se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia. (VARSI, 2004: 06)

- **Divorcio:-** Disolución del vínculo matrimonial, pronunciada por el Poder Judicial, en vida de los cónyuges, a requerimiento de uno de ellos, en los casos en que se imputa alguna causal al otro cónyuge; o ambos tratándose de mutuo acuerdo (FLORES, T.I., 1984: 487)
- **Divorcio Sanción.-** Es 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.
- **Divorcio Remedio.-** O también llamado de causales objetivas, se sustenta en la ruptura de la vida matrimonial, que se verifica a través del acuerdo de los cónyuges para su conclusión, o por el cese efectivo de la convivencia durante un lapso de tiempo, o por una causal genérica que impida la convivencia, a la que se le denomina divorcio quiebre.
- **Deberes:** Consiste en la obligación impuesta por una norma jurídica, de observar una cierta conducta
- **Conyugues:** Es uno de los dos miembros de una pareja se utiliza para referirse a cada individuo de la institución matrimonial, que establecen un vínculo de carácter civil
- **Derechos:** Son aquellas facultades de libertad que la ley otorga a los individuos que integran un estado
- **Patrimonio:** Es el conjunto de derechos y obligaciones sea natural o jurídica que posee un marcado contenido económico
- **Convivencia:** Cohabitación, vida en compañía de otras personas, compartiendo al menos casa, con frecuencia también la mesa, y en ocasiones el lecho, Referida a la sociedad, pacífica o jurídica coexistencia de los habitantes de un país.
- **Disolución:** Se define como la destrucción de un vínculo o término de una relación de una unión de hecho como también la extinción de la sociedad conyugal en el matrimonio.

- **Separación de cuerpos:** Situación de dos cónyuges que viven separados sin haber sido autorizados para ello por un juicio de divorcio o de separación de cuerpos.
- **Acuerdo:** Coincidencia de las voluntades con miras a producir el efecto de derecho intentado por las partes: contrato, matrimonio, divorcio por consentimiento mutuo, concordato.
- **Sociedad de gananciales:** Es el régimen económico matrimonial por el que básicamente se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse dicha comunidad.
- **Derecho patrimonial:** el conjunto de bienes de una persona, debe entenderse que son derechos patrimoniales los que revisten el carácter de bienes, es decir, los que son susceptibles de tener un valor económico, a ellos se oponen los derechos extra patrimoniales, Los derechos patrimoniales se dividen en derechos reales, derechos personales y derechos intelectuales.
- **Matrimonio:** Es una institución jurídica, constituida por la unión legal del hombre y la mujer, ya que es el principal objetivo para la preservación de la humanidad.
- **Separación:** Es la suspensión de la vida conyugal por conformidad de ambas partes o sentencia judicial, sin anularse el vínculo matrimonial
- **Plazo:** Ciertas formalidades de la vida jurídica, de los actos y de las formalidades de procedimiento tienen que cumplirse normalmente dentro del marco de determinados plazos.
- **Vulneración:** Dañar o perjudicar a una persona.
- **Limitación:** Reducir o acortar una cosa.
- **Tuitivo:** Que ampara, protege o defiende.
- **Legislación:** Norma emanada de las Cortes en el ejercicio de su potestad legislativa.

- **Requisito:** Circunstancia o condición necesaria para la existencia o ejercicio de un derecho, la validez y eficacia de un acto jurídico o la exigencia de una obligación
- **Nomen iuris:** Es la expresión que hace referencia a un principio jurídico conocido como "primacía de la realidad". El significado viene a decir que las cosas son tal y como son y no tal y como las partes aseguran que son.

CAPÍTULO 3. METODOLÓGICO

3.1. Tipo de investigación

La metodología de la investigación está basada esencialmente en las habilidades y procedimientos que utilizará el investigador para lograr los objetivos de su investigación

El tipo de investigación es cualitativa que “es un campo interdisciplinar, transdisciplinar y en muchas ocasiones contra disciplinar, que atraviesa las humanidades, las ciencias sociales y la física, y están sometidos a la perspectiva naturalista y a la comprensión interpretativa de la experiencia humana” (Flores & Jiménez, 1996)

3.1.1. Por su finalidad

3.1.1.1. Investigación Básica

Es aquella que está dirigida hacia un fin netamente cognoscitivo, repercutiendo en correcciones o perfeccionamiento de conocimientos existentes y otras veces ampliándolo o nutriéndolo; es pura o fundamental porque aporta nuevos conocimientos científicos, sin producir resultados de utilidad práctica inmediata (Chincha, 2011).T

3.1.2. Por su profundidad

3.1.2.1. Investigación Descriptiva

En la medida que describiré, explicaré y analizaré los efectos de la aplicación de lo prescrito en el artículo 333º(incisos 13) del código civil, en los procesos por la causal de separación convencional y divorcio ulterior en el distrito judicial de la Libertad, la presente obedecerá a una de tipo de investigación Descriptiva; es decir, presentaré, detallaré, interpretaré y explicaré lo referente a estas instituciones jurídicas, presentando los aspectos conceptuales de las mismas, su presencia en otras legislaciones, su tratamiento en el sistema jurídico peruano y la problemática que presentan en nuestro país

3.1.3. Por su naturaleza

3.1.3.1. Investigación Documental

Consiste en una técnica que se orienta hacia la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos (Baena, 2016).

3.2. Material de estudio

3.2.1. Método deductivo.

El método deductivo consiste en tomar conclusiones generales para explicaciones particulares. El método se inicia con el análisis de los teoremas, leyes, postulados y principios de aplicación universal y de comprobada validez, para aplicarlos a soluciones o hechos particulares (Tonanzin, 2014).

3.2.2. Método inductivo

Es el Método mediante el cual el investigador parte de la información recogida mediante sucesivas observaciones para, mediante la generalización establecer una ley lo más universal posible. Es el que se basa en verdades particulares, de las que obtenemos una verdad universal. Este método es utilizado tanto en la recolección de información, como en la elaboración de los marcos que comprenden la fundamentación teórica al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular tomando como esencia a la normatividad, y el aspecto procesal y constitucional. De igual manera, será empleado para el análisis de diversas sentencias.

3.2.3. Método analítico

Consiste en considerar por separado las partes de un todo mediante una operación intelectual. Las nociones de parte y todo son correlativas; el todo supone las partes, las partes suponen el todo. Este método ha sido empleado para analizar los resultados obtenidos, y a su vez, al momento de elaborar los resultados, conclusiones, recomendaciones y el resumen en la presente investigación.

MÉTODO JURÍDICOS

3.2.4. Método exegético

Es el estudio de las normas jurídicas civiles artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador (Machicado, 2017).

3.3. Recolección de datos

3.3.1 Técnica e Instrumentos

3.3.1.1. Técnicas

3.3.1.1.1. Fichaje: Se utilizará las Técnicas de Recolección de Datos cualitativo, como la recolección de datos y registró documental, las fichas bibliográficas.

3.3.1.2. Instrumentos

3.3.1.1.2. Fichas.

3.3.1.2.1.1. Fichas bibliográficas: Empleadas para consignar los datos de las fuentes que se emplearon en el trabajo.

3.3.1.2.1.2. Fichas textuales o de transcripción: Empleadas para consignar textualmente las ideas básicas o fundamentales de los autores que desarrollan el tema materia de la investigación.

3.3.1.2.1.3. Fichas de resumen: Empleadas para consignar comentarios propios que han ido apareciendo durante el desarrollo de la investigación.

3.4. Análisis de datos

La presente tesis es de tipo descriptivo, puesto que propone puntos cualitativos, los que están inmersos para el mejoramiento de la necesidad de un marco legal y la propuesta de una reducción en el plazo del divorcio, visto esto como una ventaja tanto económica, para los cónyuges, llevándose a cabo un proceso más rápido y eficaz. Se determinó el uso de las sentencias emitidas por el tribunal constitucional ya que es a principal fuente.

CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

PRIMERA CONCLUSIÓN

El matrimonio en nuestra normatividad es monógamo, salvaguarda a la familia a nivel constitucional; y por ello, el tener un vínculo conyugal significa garantizar derechos y deberes de la familia por nuestro ordenamiento jurídico, pero, sabemos en la realidad la sociedad va cambiando, y como los matrimonios en la actualidad no son duraderos; debido a diversas causas o circunstancias, posteriormente contraen nuevas relaciones, nuevos proyectos de vida, derechos y deberes dentro del ámbito familiar.

A pesar que no existe doctrina que se oriente a explicar a tomar una perspectiva respecto de que el plazo señalado en la normatividad de dos años para el inicio del proceso de separación convencional y divorcio ulterior, es necesario adecuar la norma a la realidad que el plazo se reduzca a un año, pues mantener dicho plazo de dos años no solo atenta contra la libre voluntad de las partes de poder disolver el vínculo que los une, trunca de manera transitoria su proyecto de vida, pues no podría generarse nuevos patrimonios ni generar inversión, además de no poder realizar actos comerciales en tanto siempre aparecería como casado y tendría siempre su aun cónyuge participar en diversos actos jurídicos.

SEGUNDA CONCLUSIÓN

El Estado protege a la familia y por ende también el matrimonio, pero también debe velar por su derecho a poner fin a ese lazo conyugal, en el menor tiempo posible, cuando medio acuerdo de convencionalidad.

TERCERA CONCLUSIÓN

El matrimonio es un acto de liberalidad en el cual uno decide cuando contraer matrimonio y cuando dar por finalizado el vínculo matrimonial, siempre que ambas partes estén de acuerdo; de tal forma que la decisión no puede estar sujeta a un plazo cuando no existe causal para el divorcio por causal.

CUARTA CONCLUSIÓN

La sociedad no tiene ni debería tener interés en mantener matrimonios que se conviertan en un vínculo forzoso para los cónyuges, es precisamente esto lo que impulsó a los Estados a trabajar hacia una reducción de la institución del divorcio.

QUINTA CONCLUSIÓN

La separación del matrimonio no implica que los hijos serán abandonados, sino que ambos padres seguirán preocupándose por el bienestar de estos y remarcarles que están felices de haberlos tenido. A pesar de que hay discrepancias entre los cónyuges, ambos coinciden en que quieren a sus hijos. Obviamente, las palabras deben acompañarse con hechos.

SEXTA CONCLUSIÓN

No se vulnera el principio de protección constitucionalmente consagrado de protección a la familia como tampoco el de promoción al matrimonio, pues se ha legislado en función a la permisividad que la propia norma constitucional prevé, para la regulación legal de las causas del divorcio.

4.2. RECOMENDACIONES

- Como recomendación se ha propuesto la modificación del artículo 333 in 13° del Código Civil Peruano el cual regula la separación convencional después de transcurridos los dos años de la celebración del matrimonio por el plazo de un año.
- Debe existir mayor estudio en la especialidad concerniente al derecho de familia, puesto que su desconocimiento hace que los jueces teman flexibilizar los trámites rigiéndose por las reglas autoritarias del derecho procesal civil, sin considerar que los casos de familia implican problemas humanos inherentes a la dignidad de la persona involucrada, por lo que al ser un proceso tuitivo que se orienta a resolver conflictos personales, el juez debe revisar y dar solución inmediata a las controversias que observe a fin de evitar judicializar cada tema familiar, en tanto ello no favorece la coparentabilidad ni el vínculo interpartes, más aún si no existen muchos abogados especializados

en la temática, lo cual genera un ejercicio profesional insuficiente que no le permite a las partes conocer todos los aspectos que se pueden ventilar y resolver dentro del proceso, por lo que ante el desconocimiento de la parte, es el juez quien debe indagar cuáles son las pretensiones que se requieren resolver evitándose procesos innecesarios.

4.3. Propuestas:

Teniendo en cuentas el informe

Modificación del art 333° inc. 13 del CC. La separación convencional, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

(s.f.).

AGUILAR LLANOS, B. (2008). *La Familia en el Código Civil Peruano* (Primera Edición ed ed.).

Lima: Ediciones Legales.

Almeida Briceño, J. (2008). *La sociedad de gananciales* (Primera ed.). Lima: Grijley.

APECC. (2013). *Curso de Conciliación Extrajudicial en Materia de Familia*. Lima.

ARATA SOLÍS, M. (2011). *La sociedad de gananciales: Régimen de comunidad y sus deudas*.

Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber, M. (2002). *Exégesis del Código Civil Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber, P. M. (1997). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Valdez, J. (2007). *Definición de Propiedad. Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta

Jurídica.

Avilés, E. F. (2014). *Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho*. Lima: Academia de la

Magistratura.

Baena, G. (17 de Octubre de 2016). *El pensante*. Obtenido de

<https://educacion.elpensante.com/la-investigacion-documental-que-es-y-en-que-consiste/>

BALCAZAR, A. C. (1978). Tradicional Polémica entre los Impugnadores y los Partidarios del

Divorcio. *Revista Jurídica del Perú*.

Barrillas, L. (6 de Noviembre de 2008). *La familia: Naturaleza, tipos de familia y funciones*.

Obtenido de <https://luisbarillasc.wordpress.com/la-familia-naturaleza-tipos-de-familia-y-funciones/>

Basadre, J. (S F). *Historia del Derecho Peruano*.

Borda, G. A. (1993). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot.

BRAVO CUCCI, J. S. (2010). Divorcio rápido en sede notarial. *Actualidad Jurídica*.

Cabello Matamala, C. J. (2001). *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* Obtenido de

https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-02_%20nuevas_causales_divorcio_210208.pdf

CABELLO MATAMALA, C. J. (2003). Divorcio ¿remedio en el Perú? En: derecho de familia. Lima:

Librería y Ediciones Jurídicas.

Carpio, G. R. (2010). *Separación Convencional y Divorcio Ulterior en Sede Notarial y Municipal y la Función del Ministerio Público como Defensor de la Familia*. Obtenido de

<https://trabajadorjudicial.wordpress.com/separacion-convencional-y-divorcio-ulterior->

- en-sede-notarial-y-municipal-y-la-funcion-del-ministerio-publico-como-defensor-de-la-familia/
- CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M. (2003). El Derecho de Propiedad durante el Matrimonio y la Copropiedad. *Revista Derecho y Sociedad. PUCP.*
- Chincha, J. R. (6 de octubre de 2011). *cómo hacer la tesis univercitaria y trabajos de investigación científica* . Trujillo: Gráfica Real S.A.C.
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. (2012). *Libro de Especialización en Derecho de Familia*. Lima, Perú: Fondo Editorial de Poder Judicial.
- Cornejo Chavez, H. (1987). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Studium.
- CORNEJO CHÁVEZ, H. (1997). *Derecho de Familia Peru* (Décima ed.). peru: San Marcos.
- Díaz, C. L. (2005). *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia* (Vol. Tomo I). Santiago de Chile, Chile: Librotecnia.
- Fanzolato, E. (1991). *Alimentos y Reparaciones en la Separacion y Divorcio*. Buenos Aires , Argentina: Depalma.
- Felipe Osterling, P. (2005). *Tratado De Las Obligaciones*. Lima: PUCP.
- Fernandez Sessarego, C. (2007). *El “daño a la libertad fenoménica” o “daño al proyecto*. Lima: Grijley.
- Flores, R. G., & Jiménez, G. (1996). *Metodoogía de la investigación cualitativa*. Málaga: Eljibe S.L.
- García, L. M. (2011). *Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: El tránsito de la familia modelo a los distintos modelos familiares*. Obtenido de <http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1691/4Rondon.pdf?sequence=3>
- Gullón, L. D.-P. (1983). *Sistema del Derecho Civil* (Vol. IV). Madrid, España: Tecnos.
- Gutierrez, W. (2005). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- JARA, R. &. (2014). *Manual de Derecho de Familia* (primera edicion ed.). LIMA: Jurista Editores.
- Jimenez Vargaz Machuca, R. (2007). *Bienes que integran la sociedad de gananciales: Código Civil COmentado (Segunda ed., Vol. II)*. Lima : Gaceta Juridica.
- LEDESMA NARVÁEZ, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil* (Primera ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- LEÓN BARANDIARÁN, J. (2002). *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Llanos, B. A. (2008). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Ediciones Legales.
- Machicado, J. (05 de enero de 2017). Obtenido de APUNTES JURIDICOS: https://jorgemachicado.blogspot.pe/2011/02/med.html#_Toc286131436
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2013). *Guía del Proceso no Contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior seguido antes las Municipalidades*. Lima.

- Montoya, M. (2006). *Matrimonio y Separación de Hecho*. Lima: San Marcos.
- Muro Rojo Manuel & Rebaza Gonzales, A. (2003). "Concepto De Divorcio" en: *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PERALTA ANDIA, J. (2002). *DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL*. LIMA: IDEMSA.
- PERALTA ANDIA, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil* (Tercera Edición ed ed.). Lima: Idemsa.
- Placido Vilcachagua, A. (1984). *Código Civil Comentado* (Segunda Edición ed ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Placido vilcachagua, A. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia* (segunda ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, Alex. (2010). *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Placier, F. C., & Velasco, C. L. (2012). *Una perspectiva diferente de familia mixta o reconstituída*. Obtenido de <http://chitita.uta.cl/cursos/2012-1/0000510/recursos/r-25.pdf>
- RAMOS NUÑEZ, C. (2002). *Historia del Derecho Civil Peruano*. Lima: fondo editorial.
- Sandoval, T. R. (2015). *Código Civil*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Siverino, P. (noviembre de 2007). *Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas . Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso Schols Perez*. Obtenido de https://www.academia.edu/6030907/Apuntes_a_la_sentencia_del_TC_sobre_familias_ensambladas_.Una_lectura_posible_de_la_sentencia_del_Tribunal_Constitucional_peruano_en_el_caso_Schols_Perez
- Tonanzin, A. J. (28 de agosto de 2014). Obtenido de Fundamentos de Investigación: <http://shounyalamilla.blogspot.pe/p/23-tipos-de-metodos-inductivo-deductivo.html>
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2004). *DERECHO DE FAMILIA*. Peru: Grijley.
- Vilcachagua, P. (2007). *La Separación personal y el divorcio vincular como sanción (por culpa) y como remedio (objetivo)*. Lima: Gaceta jurídica.
- Y. G. (2014). *Manual de Derecho de Familia* (primera edición ed ed.). Lima: Jurista Editores.
- ZANNONI, E. (2006). *Derecho Civil* (Segunda edición ed ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

PAGINAS WEB

1. <https://mariabustamantelucas.files.wordpress.com/2012/03/legislac3b3n-comparada-sobre-el-procedimiento-enlos-juicios-de-divorcio.pdf>
2. <http://www.immigrationnuevayork.com/2012/01/requisitos-divorcio-las-vegas-nevada.html>
3. <http://www.derecho-chile.cl/divorcio-en-chile/>
4. <http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/libro-primero/titulo-quinto/capitulo-x/>
5. <https://mbarral.webs.ull.es/rfccmatr.html>

ANEXO N° 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: EL PLAZO DE LA INTERPOSICIÓN DE UNA DEMANDA DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y/O DIVORCIO ULTERIOR Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN UN RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES EN EL PERÚ.			
PROBLEMA:	OBJETIVOS:	HIPÓTESIS:	METODOLOGÍA:
¿De qué manera el transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional y/o divorcio ulterior afecta los derechos patrimoniales de los cónyuges bajo el régimen de sociedad de gananciales?	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar si el transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional y/o divorcio ulterior afecta los derechos patrimoniales de los cónyuges en el Perú.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>1.- Evaluar el transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional y/o divorcio ulterior.</p> <p>2.- Comparar la separación de cuerpos con el divorcio.</p> <p>3.- Identificar los derechos patrimoniales de los cónyuges.</p>	<p>El transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación convencional y/o divorcio ulterior afecta negativamente los derechos patrimoniales de los cónyuges en el Perú, porque el plazo establecido por el Código Civil, vulnera y limita los derechos patrimoniales de los cónyuges, en cuanto a la sociedad de gananciales que formaron.</p> <p>VARIABLES:</p> <p>VARIABLE UNO</p> <p>El transcurso del plazo de dos años como requisito previo para tramitar la separación</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Básica</p> <p>DISEÑO</p> <p>Descriptiva</p> <p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</p> <p>Investigación Bibliográfica (códigos comentados, libros, etc.)</p>

	<p>JUSTIFICACIÓN:</p> <p>Teórica:</p> <p>La presente investigación encuentra su justificación en la teoría mixta del divorcio que está establecida en el Código Civil.</p> <p>Práctica:</p> <p>La presente investigación encuentra su justificación en la importancia social que representa, pues el matrimonio es una institución jurídica que debe ser salvaguardada por el Estado y su disolución implica una serie de problemas.</p>	<p>convencional y/o divorcio ulterior.</p> <p>VARIABLE DOS:</p> <p>Los derechos patrimoniales de los cónyuges en el Perú</p>	
--	---	---	--