

UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA DE DERECHO

TESIS

Separación de cuerpos y divorcio, Perú, 2019

PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

MARIBEL ILLANES RIOS

ASESOR:

DRA. ANGÉLICA CARBONELL PAREDES

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO CIVIL

LIMA – PERÚ

AGOSTO, 2019

¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos? Se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse.

Séneca

Dedicatoria

A Dios, a mi querida familia, a mi esposo por su constante apoyo y a mi hija a quien muchas veces dejé al cuidado de mis padres, para ser una gran profesional del Derecho. Eternamente agradecida.

Agradecimiento

En primer lugar a la Sra. Lastenia Fernández, Gerente General de la UPA, por permitirme acceder a una profesión, para ser útil a la sociedad.

Resumen

Nuestro título de investigación se intitula **separación de cuerpos y divorcio, Perú, 2019**.

Pues en la comunidad jurídica peruana, la mayoría de profesionales no separa adecuadamente la diferencia de estas dos instituciones jurídicas. El objetivo general de estudio es determinar si la separación de cuerpos y el divorcio son términos sinónimos en nuestro Código Civil de 1984. Es una investigación jurídica, pues nuestra especialidad es el campo del Derecho. Su paradigma es cualitativo. La técnica básica utilizada es la observación y el instrumento fundamental es la investigadora. Este estudio ha llegado a las siguientes conclusiones:

Primera: En el divorcio una vez dada la sentencia por el juez, no existe la reconciliación.

Segunda: Que son más los procesos de divorcio que los de separación.

Tercera : En los procesos de separación de hecho, el juez velará por la estabilidad económica y patrimonial del cónyuge que resulte perjudicado por esta clase de divorcio, así mismo no se deja en el desamparo a los menores hijos, esto lo tiene que determinar el juez en la sentencia.

Palabras clave: Derecho romano, separación de cuerpos, divorcio.

Abstract

Our research title is entitled separation of bodies and divorce, Peru, 2019. Because in the Peruvian legal community, most professionals do not properly separate the difference of these two legal institutions. The general objective of the study is to determine if the separation of bodies and divorce are synonymous terms in our Civil Code of 1984. It is a legal investigation, because our specialty is the field of Law. Your paradigm is qualitative. The basic technique used is observation and the fundamental instrument is the researcher. This study has reached the following conclusions:

First: In the divorce once the sentence has been given by the judge, there is no reconciliation.

Second: That divorce processes are more than separation processes

Third: In the process of separation of fact, the judge will ensure the economic and patrimonial stability of the spouse who is harmed by this kind of divorce, likewise is not left in the helplessness of the children, this must be determined by the judge in the sentence.

Keywords: Roman law, separation of bodies, divorce.

Tabla de Contenidos

Caratula	i
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Tabla de Contenidos.....	vii
Introducción	1
Capítulo I: Planteamiento del problema.....	3
1.1 Descripción de la realidad problemática.....	4
1.1.1 En el mundo	4
1.1.1.1 China.....	4
1.1.2 En América.....	5
1.1.2.1 Brasil.....	5
1.1.2.2 En Perú	5
1.2 Problema.....	6
1.2.1 Problema general.....	6
1.2.2 Problemas específicos	6
1.3 Objetivos.....	6
1.3.1 Objetivo general	6
1.3.2 Objetivos específicos.....	6
1.4 Justificación e importancia	6
1.4.1 Justificación.....	6
1.4.1.1 Legal	6
1.4.1.2 Teórica.....	7
1.4.1.3 Social	7
1.4.2 Importancia.....	7
1.4.3 Limitaciones	7
1.4.3.1 Espacio geográfico.....	7
1.4.3.2 Tiempo de la investigación.....	7
1.4.3.3 Tiempo de la investigadora.....	7
1.4.3.4 Económicas.....	8
1.4.3.5 Sociales.....	8

1.4.3.6 Bibliográficas.....	8
Capítulo II: Marco teórico.....	9
2.1 Antecedentes.....	10
2.1.1 Tesis internacional.....	10
2.1.2 Tesis nacional.....	11
2.2 Bases teóricas.....	12
Título I.....	12
El divorcio en el mundo.....	12
1.1. Historia del divorcio en el mundo.....	12
1.1.1. Código de Manú.....	12
1.1.2. Los griegos.....	13
1.1.3. Los persas.....	13
1.1.4. Los hebreos.....	13
1.1.5. Los babilonios.....	14
1.1.6. Los romanos.....	19
1.1.7. Los germanos.....	20
1.1.8. Derecho canónico.....	21
1.1.9. El Protestantismo.....	23
1.1.10. Francia.....	23
1.2 Divorcio.....	23
1.3 Etimología del término divorcio.....	23
1.4 Divorcio en sentido metafórico.....	23
1.5 Gramaticalmente el vocablo divorcio.....	24
1.6 Divorcio desde el punto de vista jurídico.....	24
1.7 El término divorcio en un concepto general.....	24
1.7.1 En primer lugar.....	24
1.7.2 En segundo sentido.....	24
1.7.3 La separación de cuerpos.....	25
1.7.4 La declaración de nulidad.....	25
1.8 El término divorcio según Planiol y Ripert.....	25
Título II.....	26
El divorcio en la Legislación Peruana.....	26
2.1 El Código Civil de 1852.....	26

2.2	Código Civil de 1936.....	27
2.3	Código Civil de 1984.....	29
2.4	Elementos ineludibles en toda separación de hecho.....	30
2.4.1	El elemento objetivo o material.....	30
2.4.2	El elemento subjetivo o psíquico	30
2.4.3	El elemento temporal.....	30
2.5	Separación de cuerpos	30
2.6	Definición de separación	31
2.7	Teorías sobre el divorcio	32
2.7.1	Divorcio sanción	32
2.7.2	Divorcio remedio.....	33
2.7.2.1	Divorcio remedio.....	33
2.8	Clases de divorcio.....	33
2.8.1	Divorcio absoluto	33
2.8.2	Divorcio relativo	34
2.9	Separación convencional	34
2.10	Divorcio por causal.....	34
2.11	Por lo que se recomienda tener.....	34
2.12	Divorcio según la RENIEC	34
2.13	Definición conceptual.....	35
Capítulo III: Metodología.....		37
3.1	Paradigma: Cualitativo	38
3.2	Metodología: Jurídica.....	38
3.3	Alcance: Exploratorio/Descriptivo	38
3.4	Métodos: Inductivo, deductivo, de análisis y de síntesis.....	38
3.5	Diseño de la investigación: Cualitativo	39
3.6	Naturaleza: Dialéctico y sistemático	39
3.7	Investigación.....	39
3.8	Tipo.....	39
3.9	Unidad de análisis.....	39
3.10	Técnicas e instrumentos.....	39
3.10.1	Técnicas	39
3.10.2	Instrumento(s).....	40

Capítulo IV: Conclusiones y Recomendaciones	41
Conclusiones	
Recomendaciones	
Referencias	
Webgrafía	

Introducción

Nuestra Constitución vigente desde 1993 dice textualmente en su artículo 4°. “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. Las formas del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

Justamente nuestra investigación trata sobre las causas de separación de cuerpos y el rompimiento del vínculo conyugal de los esposos. Sabemos también que los hijos (as) menores no deben sufrir ningún tipo de daño psicológico, que genera la desunión de una familia.

Nuestro Código civil peruano en su artículo 333 y sus 13 incisos señala las formas o maneras de separación de cuerpos y después el divorcio.

Esta investigación trata de dar a conocer y aclarar la confusión o desconocimiento que existe entre los estudiantes de derecho y la comunidad jurídica.

Este trabajo que ponemos a consideración no es tema acabado, es sólo el principio, pero debe servir como base o fuente elemental para otros estudios que de todas maneras se van a realizar sobre este tema, que debe ser considerado por la sociedad pues de cada cinco matrimonios, uno se divorcia.

Y el número de inscripciones de divorcio ha aumentado en ocho regiones de nuestro país. También consideramos que el divorcio debe ser breve, pues si es un proceso de conocimiento no puede o no dura menos de tres años. Olvidando que muchas parejas siguen casadas, pero han conformado una nueva familia. Y empieza el desorden en la sociedad que cada día por supuesto es más cambiante. Esto es sólo el inicio de otras investigaciones futuras que serán iniciadas por otros egresados.

Recorremos este estudio desde el Derecho romano.

Esta investigación se encuentra estructura en cuatro capítulos o partes:

Capítulo I: Planteamiento del problema

Capítulo II: Marco teórico

Capítulo III: Metodología

Capítulo IV: Conclusiones y sugerencias

Capítulo I: Planteamiento del problema

1.1 Descripción de la realidad problemática

Sin lugar a dudas la separación de cuerpos y posteriormente el divorcio son dos instituciones que han tenido y tienen vigencia desde la antigüedad, tenemos claros y reales antecedentes desde el derecho romano, que es la norma que todavía sigue en vigencia en muchas legislaciones a nivel internacional y mundial, sencillamente porque los juristas romanos pensaron siempre en la posterioridad, es decir para el mundo, por lo que muchas de sus instituciones siguen y seguirán vigentes en la totalidad de los códigos del mundo.

A continuación, estudiaremos y describiremos sobre la separación de cuerpos y el divorcio usando el método deductivo, es decir de macro a micro.

1.1.1 En el mundo

1.1.1.1 China

Infobae- Mundo.

Para divorciarse en China hay que dar un examen (y ser reprobado).

Según uno de los diarios más importantes anglosajones que es el New York Time, en el país más poblado del mundo y poder económico inmenso como es China: casi dos millones de cónyuges de este país asiático se divorciaron el año 2017, y las que iniciaron el este proceso el 70% fueron mujeres, por los siguientes motivos:

- a) El poder económico e independencia de las mujeres profesionales y trabajadoras.
- b) Aumento de las redes sociales.
- c) Las citas que permiten de forma muy abrumadora los affaire.

Esta separación matrimonial se realiza en dos provincias, a las parejas que se desean divorcian se le aplica un cuestionario de 15 preguntas, que sumadas dan el puntaje de 100 puntos. Si las parejas sacan más de 60 puntos, todavía existe la posibilidad de conciliación.

1.1.2 En América

1.1.2.1 Brasil

Uno de cada tres matrimonios, termina en divorcio en este país de la samba.

La ley de divorcio empezó a tener efectos legales desde 1977, es decir hacer 42 años.

El año 2016 contrajeron nupcias 1 millón 100 personas y hubo 344 000 separaciones.

Estos datos fueron dados por el EBGE (Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística).

1.1.2.2 En Perú

Inscripción de divorcios a nivel nacional creció en ocho departamentos.

Según el diario Perú 21, recibió la información de una fuente oficial como es la SUNARP-PERU, la cual dice que el año 2019 (enero) se inscribió un total de 769 divorcios.

El año 2018, la cantidad fue de 748 separaciones, esto nos da a comprender que hubo un aumento de personas que se querían divorciarse.

Las ciudades que tuvieron mayor cantidad de separaciones conyugales fueron en este orden:

1. Lima
2. Arequipa,
3. La Libertad

Sobre este los departamentos que aumentaron o crecieron la inscripción de divorcio son los siguientes:

1. Amazonas
2. Arequipa
3. Ayacucho
4. Cusco
5. Lima
6. Loreto

7. Piura

8. Ucayali

1.2 Problema

Este estudio sobre el Libro III de Familia de nuestro C.C., referente a las causales de separación y divorcio, genera las siguientes interrogantes:

1.2.1 Problema general

¿La separación de cuerpos y divorcio son términos sinónimos en nuestro Código Civil de 1984?

1.2.2 Problemas específicos

¿Cuál es el aspecto característico de la separación de cuerpos en nuestro Código Civil de 1984?.

¿Cuál es el elemento esencial y básico del divorcio en el Código Civil de 1984?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Determinar si la separación de cuerpos y el divorcio son términos sinónimos en nuestro Código Civil de 1984.

1.3.2 Objetivos específicos

Identificar el aspecto característico de la separación de cuerpos en nuestro Código Civil de 1984.

Señalar el elemento esencial y básico del divorcio en el Código Civil de 1984.

1.4 Justificación e importancia

1.4.1 Justificación

1.4.1.1 Legal

Nuestro tema de estudio tiene los siguientes aspectos legales:

- Constitución Política de 1993

- Ley General de Educación
- Ley 30220
- Reglamento de grados y títulos de la UPA

1.4.1.2 Teórica

Trabajaremos esta investigación con diversos métodos jurídicos y técnicas de investigación social. Así mismo revisaremos diversidad de libros jurídicos.

1.4.1.3 Social

Es necesario y muy real dar a conocer a las autoridades del poder judicial sobre el aspecto del divorcio y sus diferentes maneras de realizar esta separación de los cónyuges, sin tratar de olvidar el principio superior del niño reconocido por convenios diversos, así como también tener en consideración el Código del Niño y Adolescente.

1.4.2 Importancia

Sin lugar a dudas el divorcio es una de las instituciones jurídica que ha existido desde que nació el matrimonio, este hecho de la separación de esposos ha generado diversos aspectos. Pero siempre no olvidar que, según las estadísticas, si bien la separación es lo primero antes del divorcio, las parejas que inician este proceso tienden en un gran porcentaje a no regresar con la esposa. Es decir, se divorcian.

1.4.3 Limitaciones

1.4.3.1 Espacio geográfico

Hemos analizado el Código Civil peruano, y se debe entender y comprender que las normas tienen efecto para todo el país.

1.4.3.2 Tiempo de la investigación

De nuestra investigación corresponde a los cuatro primeros meses del año 2019.

1.4.3.3 Tiempo de la investigadora

12 horas semanales.

1.4.3.4 Económicas

Pues la investigadora trabaja y estudia y no puede asumir gastos muy onerosos.

1.4.3.5 Sociales

Las autoridades no desearon colaborar con mayores datos para el estudio.

1.4.3.6 Bibliográficas

Existen pocas referencias sobre el tema de investigación.

Capítulo II: Marco teórico

2.1 Antecedentes

2.1.1 Tesis internacional

País : Bolivia

Universidad : Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca

Título de la tesis : Divorcio por consentimiento mutuo

Autor(a) : Lic. Yerko Alejandro Ibáñez Quevedo

Escuela de Posgrado: Maestría

Para optar : Grado académico de Magister en administración de Justicia- Instituto de la Judicatura de Bolivia-

Lugar : Trinidad –Beni-Bolivia

Año : 2008

El investigador boliviano Ibáñez Quevedo: después de haber hecho un estudio concienzudo con un universo de 622 personas y una muestra de 101 participantes que viene a ser la cantidad del 16% sobre el total de los individuos encuestados da las siguientes conclusiones:

- Determina que el divorcio siempre ha existido en todas las culturas de la antigüedad desde el Imperio Romano, y su país del altiplano el cual es Bolivia no puede escapar de esta institución jurídica legal. Y los cónyuges o esposos separados con más de dos años, siguen un proceso civil ordinario que es muy tedioso, para recién lograr el rompimiento de la unión matrimonial.
- En el mismo contexto los cónyuges demandan el motivo de divorcio, prevista en su C. de Familia boliviano y se encuentra en el art. 131, para evitar habladurías y situaciones que fácilmente no son fáciles de explicar, no dan a conocer el motivo.
- En el país argentino existe el divorcio exprés que no dura más de cuatro meses y no se invoca el motivo, causal o circunstancia del rompimiento conyugal o matrimonial.

- En el hermano país de Bolivia no existe el divorcio por consentimiento de los cónyuges o esposos, por lo que se propone su inclusión legal.

2.1.2 Tesis nacional

Universidad : Nacional de Huancavelica

Título de la tesis : La separación de hecho, como causal objetiva del divorcio remedio-2015.

Autor : Andrés Elvin Andía Flores

Facultad : Derecho

Para optar : Título de Abogado

Ciudad : Huancavelica

Año : 2016

El abogado que presentó este trabajo Dr. Andrés Elvin ANDÍA FLORES, después de una investigación científica ha llegado a las siguientes decisiones:

1. En el distrito judicial de la región Huancavelica, esta forma de divorcio como es la separación de hecho, se realiza de una manera adecuada y correcta.
2. La separación de hecho como causal del divorcio remedio es considerada en la teoría como un sistema mixto, la cual no se investiga el motivo o la causa, por la cual los cónyuges se desean separar. Cualquier motivo o causa es intrascendente para el juzgado.

2.2 Bases teóricas

Título I

El divorcio en el mundo

1.1. Historia del divorcio en el mundo

El historiador y doctrinario jurídico Golddsteirn argumenta que el divorcio como institución jurídica en sus aspectos y formalidades , ha ido de forma igual que el matrimonio , es decir han ido en forma paralela, existieron culturas que por diversas circunstancias y contextos permitieron y toleraron el rompimiento de esta relación matrimonial, y la persona encargada de esta controversia era dirigida por el hombre que ejercía un monopolio , para tratar de ordenar este rompimiento de vínculo familiar.

Esta institución jurídica se ha manifestado a lo largo de toda la historia, bajo aspectos y formas muy diversas. Esto según la cultura y época, ha tenido diversas formas y también causas muy variadas, pero todos afirman que siempre ha estado presente en todas las épocas y todos los regímenes jurídicos.

A continuación, expondremos las principales características del divorcio en las diferentes culturas y legislaciones.

1.1.1. Código de Manú

Sin lugar a dudas una de las legislaciones es el Código de Manú, que consideraba la posibilidad de repudiar a la mujer por parte del esposo en diversos tiempos y acontecimientos. Si la esposa era estéril durante ocho años de convivencia, el esposo podía repudiarla y además existían otros acontecimientos para permitir la separación de la esposa o el divorcio, como por ejemplo si la mujer bebía licor o por el nacimiento de solo hijas. Como podemos observar este libro jurídico uno de los primeros en el mundo, ya consideraba el divorcio, por las causas arriba señaladas. Pero además este Código de Manú no consideraba la desvinculación de la pareja casada por mutuo consentimiento.

En el Código de Manú, se establecieron ocho formas distintas para contraer matrimonio. Este libro contiene las reglas principales del derecho de la doctrina del brahmanismo.

1.1.2. Los griegos

En esta cultura tan importante para el mundo, entre los magistrados griegos se hacían esfuerzos muy grandes para evitar el divorcio. Una de las causales que originaban la disolución del vínculo matrimonial era la esterilidad de la mujer, ya que eso no permitía la continuación de la vida matrimonial.

En Atenas se autoriza a la esposa a reclamar el divorcio, debido al atropello del marido por la causal de no salir embarazada. Este pueblo permitía la disolución del matrimonio por esta causa. No existía la separación por consentimiento de las partes.

1.1.3. Los persas

Entre los persas también se ofendía y atropellaba a la mujer que después de nueve años desde la celebración del matrimonio, no salía embarazada. Esta sociedad tampoco permitía el divorcio por consentimiento de las partes.

1.1.4. Los hebreos

La cultura hebrea también permitió la agresión y atropello. El esposo escribía una carta de repudio, la entregaba a la esposa y la despedía del hogar. Es posible afirmar que la repudiación fue reconocida desde mucho antes por esta cultura. Claro que no debe confundirse la aceptación de esa institución como la del divorcio, el que surgió en una etapa posterior de la civilización hebrea y como un perfeccionamiento y legalización de la repudiación.

La carta de repudio que debía escribir el marido, se encontraba sujeta a distintas formalidades según los textos del Viejo Testamento estas formalidades no eran otra cosa, en sustancia, que dificultades que la ley establecía para impedir la fácil disolución del matrimonio; en especial, porque no era frecuente que la gente supiera escribir, lo que la

obligaba a recurrir a los servicios de un rabino, quien tenía así oportunidad de aconsejar al marido sobre la decisión que iba a adoptar.

El Deuteronomio determinaba específicamente que si el marido encontraba en la mujer alguna “cosa torpe” podía escribir carta de repudio, entregársela en su mano y despedirla de su casa, en cuyo caso podía contraer nuevo matrimonio, pero si luego el segundo esposo fallecía, se vedaba al primero volver a casarse con la repudiada.

El investigador del Derecho antiguo Pospishil (1987: 232) recuerda los pasajes del Deuteronomio y fueron “el reconocimiento de la costumbre generalizada entre todos los pueblos que rodeaban a Israel y también entre los mismos Israelitas. Esta autoridad otorgada al marido debe ser considerada como disolución extrínseca originada en la autoridad divina, pero ejercida por el marido”.

Si bien el Deuteronomio, y otros documentos bíblicos siempre hablan del derecho a la repudiación como un derecho concebido al esposo, cabe tener presente que la mujer tenía una vía indirecta de obtener la disolución del matrimonio, ya sea obligando a su marido a que la repudiara o mediante la inclusión en el contrato matrimonial de la posibilidad del divorcio a petición de la esposa.

Con el transcurso del tiempo y a través del denominado **Código de Caro**, vino a reconocerse expresamente el derecho de la mujer a repudiar a su marido, sin embargo, **los hebreos no admitían el divorcio por consentimiento mutuo.**

Esta mujer podía contraer nuevas nupcias. Existía un contrato matrimonial.

1.1.5. Los babilonios

En esta cultura, también no dejó de legislarse esta institución jurídica tan importante para las personas, familia y sociedad. El divorcio sin lugar a dudas es un acto conocido en todas las culturas y sociedades. En Babilonia, China, India y Egipto, el divorcio se efectuaba a través del *repudium*, que consistía en rechazar al cónyuge por la existencia de una conducta culpable

de su parte. Unos juristas entre ellos Bonfante sostienen que el término *repudium* era aplicado al caso en que la declaración que terminaba con el matrimonio era realizada por el marido.

El *divortium*, era cuando lo declaraba la esposa, ella originaba la terminación de la unión conyugal. Se considera que ésta era la forma más común de disolver el vínculo matrimonial, estudios etnográficos han confirmado la existencia de causales de divorcio de distintas formas, como el adulterio, -que es la más frecuente, la embriaguez o la esterilidad.

El divorcio por repudio unilateral existió en culturas tan antiguas como la egipcia, persa e hindú, en la cuales y debido a la desigualdad existente entre el hombre y la mujer, la acción de repudio correspondía de ordinario al varón, y sólo excepcionalmente se le concedía igual derecho a la mujer,

Respecto del repudio en el pueblo hindú, éste solo se permitía entre castas inferiores, ya que, debido al carácter sacramental del matrimonio, no se permitía el divorcio entre las castas superiores.

En la vieja Babilonia, el divorcio podía indistintamente solicitarse por el hombre y la mujer.

Entre los hebreos, se reconocía el derecho del marido de repudiar a la esposa sin causa alguna, así como el divorcio por mutuo disenso sin necesidad de acreditar ninguna circunstancia especial y por iniciativa de cualquiera de los cónyuges; si bien en el caso de la mujer existía un mayor rigor a la hora de valorar las causas.

En las dos principales culturas del México precortesiano, la maya y la azteca, el divorcio se efectuaba por el repudium.

El repudio entre los mayas se daba con la facilidad que frecuentemente se presentaba una especie de poligamia sucesiva según Flores Margadant (2000: 21)

Entre los aztecas, el divorcio era posible, lo aceptaban como algo normal. Una de las causas por la cual un hombre podía pedir la separación era la esterilidad de la esposa.

En cambio, la mujer podía abandonar al hombre, en el caso de que no cumpliera con las necesidades de la familia o sencillamente, que éste tuviera mal carácter. Luego del divorcio ambos tenían la posibilidad de casarse nuevamente.

También en Grecia se admitía el *repudium*, tanto por la iniciativa del hombre como de la mujer, existía incluso, para el hombre la obligación de repudiar a la mujer adúltera.

Según Fustel de Coulanges (1990: 232) dice que en la Antigüedad y dada la importancia del matrimonio como medio de continuar el culto a la familia, y a la importancia de que existiera un hijo varón que ofreciera los sacrificios a los difuntos: “el divorcio (...) ha sido un derecho entre los antiguos, hasta es posible que haya sido una obligación (...).

En la India (...) la mujer estéril se reemplazaba al cabo de ocho años.

En Roma, en sus primeras épocas, el divorcio se reducía a un derecho de repudiación que sólo el esposo podía ejecutar por causas graves.

Bajo el Imperio, el matrimonio romano se disolvía por *repudium*, que era la declaración hecha por uno de los cónyuges para comunicar al otro su decisión de terminar con el matrimonio.

Además de la repudiación, el divorcio podía efectuarse *bona gratia*, es decir por la mutua voluntad de los esposos; no requería de ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.

Lo anterior se explica si consideramos que el matrimonio se fundaba en la *affectio maritales*, por lo que la pérdida de ésta hacía cesar el vínculo matrimonial.

Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritalis* había desaparecido; por tanto, cuando éste desaparecía, es decir, el abandono de la voluntad de convivir honorablemente juntos, era procedente el divorcio, por considerarse que al desaparecer la *affectio maritalis*, se había puesto fin al vínculo con la voluntad contraria a la que había causado su inicio.

El investigador jurídico y jurista Eduardo Pallares (2001: 342), el divorcio en el derecho romano existió desde las épocas más remotas, y afirma que podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase, y se generalizó hasta el siglo II a. C.

Eugene Petit (1977: 202) difiere de lo anterior al afirmar que, no obstante que el divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma, éste no concordaba con la severidad de las costumbres que imperaban.

Flores Margadant (1998: 212) que “Los escritos de Séneca, Tertuliano y otros demuestran que los romanos del principado se casaban y divorciaban frecuentemente.

Existen discrepancia sobre el particular entre los tratadistas e investigadores del derecho, al parecer el divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma. Sin embargo, el divorcio fue algo infrecuente para los romanos; los casos de divorcio prácticamente no existían porque no concordaba con la severidad de las costumbres primitivas.

Volterra (1986: 266) cita una ley de Rómulo que prohíbe el repudio salvo en los casos de adulterio, envenenamiento de la prole o injurias graves.

Los estudiosos e historiadores antiguos citan como primer ejemplo de divorcio el de Spurio Carvilio Ruga, que repudió a su mujer por causa de esterilidad.

Para Eugene Petit, éste fue el más célebre, aunque no el primero.

El emperador Augusto limitó la notificación del *repudium* con ciertas formalidades, impuestas por la *Lumex Julia de Adulteris* (se tiene por no ocurrido el divorcio que no cumpla determinadas formas).

Hacia finales de la República y comienzos del Imperio, el divorcio se hizo cada vez más frecuente, la sociedad lo contemplaba con creciente indiferencia. Era tal la frecuencia con la que los romanos del principado se casaban y divorciaban, que **Séneca pudo decir: “¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no**

cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos? Se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse”.

Tal situación obligó a que se buscara hacerlo más difícil y restringir su abuso.

Desde el siglo iv ad. C. en adelante, unida al proceso de cristianización de las costumbres y del ordenamiento jurídico, se produce una evolución normativa que trata de poner límites al divorcio.

Los primeros preceptos aparecieron en una Constitución de Constantino que estableció causas más rigurosas para el repudio, según Petit, hasta llegar a disposiciones más radicales en tiempos de Justiniano, que limitó a cuatro las clases y causas de divorcio.

Para ninguna de las cuatro se necesitaba una sentencia judicial, y se notificaba formalmente al cónyuge. En todos los casos se permitía a los divorciados contraer nuevas nupcias, excepto cuando no se justificaba la causa del repudio. Estas restricciones fueron derogadas por Justino. Sin embargo, no se logró erradicar esta institución dado su arraigo en las clases sociales de Roma.

El Código de Hammurabi, exhibía los primeros conatos de individualismo femenino en el seno de la sociedad más individualista conocida en Oriente. Se admitía el repudio, pero **el ejercicio de la violencia contra la mujer traía como sanción la pena de muerte para el marido.**

Además, si existía una acusación no probada y era negada por la mujer, bastaba su negativa bajo juramento para que la disolución de las nupcias no fuera posible,

En Babilonia se avanzó más aún pues además de practicarse el repudio (aunque con singulares limitaciones) también se conoció el divorcio, lo que implicaba una elevación en la consideración social de la mujer, sin embargo, **los Babilonios al igual que las civilizaciones anteriores no admitía el divorcio por consentimiento mutuo.**

1.1.6. Los romanos

Desde los inicios de la primera época de la cultura romana el divorcio fue admitido, y fue la ley de las XII Tablas, la que por primera vez estableció algunas formalidades para la procedencia del divorcio. El divorcio era aceptado por el derecho, esta institución poco frecuente por la solidez con que aparecía organizada la familia en Roma.

Dos siglos después de la era precristiana, por influencia de la legislación griega, se comenzó a realizar de una manera más frecuente la disolución de las nupcias.

En el último tramo final de la República, y en los primeros años del Imperio se consideró un mal que debilitó la fortaleza de la familia Romana, llevando a una disipación de las costumbres que ha sido puesta en relieve por los estudiosos de la época. Séneca decía que a las mujeres Romanas se les contaba los años por el número de maridos que habían tenido. Esta costumbre permaneció durante varios siglos.

El siglo IV, de nuestra era se reaccionó contra la libertad de repudiación, aunque **se mantuvo el divorcio por mutuo consentimiento.**

El repudio hecho por el marido sólo se consideraba válido si había:

- adulterio de la mujer
- envenenamiento y
- lenocinio.

En el caso de la mujer se originaba en los siguientes casos:

- Cuando su cónyuge había cometido homicidio
- envenenamiento o
- violación de sepulcros.

Dos siglos más tarde con **Justiniano**, se produjo un cambio o renovación en las leyes referente al divorcio, **restringiéndose notablemente el divorcio por mutuo acuerdo y**

regulándose con gran precisión las causas que hacían viable la solicitud de disolución de las nupcias.

Con el sucesor de Justiniano, se volvió a admitir el divorcio por mutuo consentimiento.

El historiador y jurista Belluscio, dice que las formas del divorcio en Romas fueron:

1. **Divorcio por mutuo consentimiento** su prohibición sólo rigió desde el año 542 al 566.
2. **Divorcio bona gratia** o por causa inculpable que no comportaba sanciones como era el que se fundaba en la impotencia o en el cautiverio del cónyuge.
3. **Divorcio unilateral o repudio encausado**, que si bien era válido motivaba sanciones para el repudiante.
4. **Divorcio unilateral** o repudio causado podemos afirmar sin lugar a dudas que **en Roma se permitía ya el divorcio por consentimiento mutuo.**

1.1.7. Los germanos

En la legislación teutona antigua, primero se reconoció el divorcio por contrato, posteriormente el divorcio por declaración unilateral del marido. Este que no era otra cosa que el repudium, era lícito en caso de adulterio o esterilidad de la mujer, pero las leyes germanas reconocían eficacia incluso al repudio ilícito, dando lugar a compensaciones económicas.

Posteriormente la Iglesia se arroga la jurisdicción matrimonial, comienza a dominar el derecho eclesiástico en materia de divorcio con la particularidad de que, como la doctrina protestante no admitía el carácter sacramental del matrimonio, se aceptaba el divorcio vincular por causa de adulterio o por separación maliciosa, evadiendo uno de la pareja o cónyuge a la competencia judicial.

Luego se admitió también el divorcio por obstina negativa a cumplir el débito conyugal, por insidias y por sevicia, pero **no por consentimiento mutuo.**

1.1.8. Derecho canónico

El cristianismo, originó una influencia muy importante en relación al derecho del matrimonio, algunos investigadores dicen que generó la desaparición total (salvo algunos casos especiales) del concepto de repudio, pues las legislaciones actuales que en su casi totalidad admiten el divorcio vincular, lo hacen sobre bases totalmente distintas y con intervención del órgano jurisdiccional.

Esto generó muchos problemas de interpretación que derivaron de la redacción de los Evangelios y el Marcos, haciendo alusión a las palabras de Cristo, que permitían inferir sin duda alguna que el divorcio se encontraba proscrito en forma absoluta por el dogma religioso.

En cambio, el Evangelio de San Mateo, capítulo I versículo dice textualmente: “También fue dicho cualquiera que repudie a su mujer, dele carta de divorcio. Por su parte el versículo 33 dice: Pero yo os digo que el que repudia a su mujer, a no ser por causa de fornicación, hace que ella adultere; y el que se casa con la repudiada, comete adulterio.

Es decir que contenía la expresión (y la contiene) “fuera de causa de fornicación” que hacía dudar acerca de sí en ese caso de adulterio, resultaba o no admisible el divorcio. En definitiva, la opinión de los apóstoles y la exégesis que del evangelio realizaban los doctores de la Iglesia, es lo cierto que está a través de los siglos, consolidado un Corpus Iuris que adquirió al menos para sus adeptos el prestigio y la presencia de la composición del canon, entre 492 y 496, en todo caso el Concilio de Trento lo dijo definitivamente en el siglo XVI, al proclamar canónicas a veintisiete obras consideradas toda como inspiradas. Es pues el Derecho Canónico, aún antes de que se convirtiera en un verdadero Código con una jurisprudencia profusa quien hizo del matrimonio un sacramento; entre los siete que admite el Dogma:

- Dogma
- Bautismo

- Confirmación
- Eucaristía
- Penitencia
- Extremaunción
- Orden y
- Matrimonio.

El Concilio de Letrán de 1215, fue el primero que se ocupó del matrimonio y se juzga como la legislación canónica por excelencia (cánones V y VII, de la sesión XXIV de la Doctrina sobre el sacramento del matrimonio):

1° Si alguno dijera, que se puede disolver el matrimonio por la herejía, o la cohabitación molesta, o ausencia afectada del consorte; sea excomulgado,

2° Si alguno dijera que la Iglesia yerra cuando ha enseñado y enseña según la doctrina del Evangelio de los Apóstoles, que no se puede disolver el vínculo del matrimonio por el adulterio de uno de los consortes; y cuando enseña que ninguno de los dos, ni aun el inocente que no dio motivo al adulterio, puede contraer otro matrimonio viviendo el otro consorte; y que cae en fornicación el que casare con otra dejada la primera por adúltera, o la que dejando al adúltero, se casare con otro, sea excomulgado.

En definitiva, la Iglesia puso término a ciertas divergencias teleológicas nacidas de los aludidos textos y de otros pasajes de la Biblia y consagró definitivamente el carácter sacramental e indisoluble del matrimonio.

Podemos afirmar que la indisolubilidad de las nupcias aparece una y otra vez ratificada en diversos documentos vaticanos, **lo que no da cabida al divorcio y menos por consentimiento mutuo.**

1.1.9. El Protestantismo

Esta posición y corriente ideológica fue opuesta a la Iglesia Católica, la cambió y reformó, preconizó el carácter no sacramental del matrimonio y **aceptó la disolución de las nupcias, admitiéndose en primer término el divorcio por causa de adulterio tal como aparece del texto de San Mateo y luego se extendió a otras causales entre las que no figura el consentimiento mutuo.**

1.1.10. Francia

Como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789, este Estado no podía dejar de implantar con cierta rapidez una consecuencia del auténtico individualismo, así como mediante ley del 20 de setiembre de 1792, **se permitió y admitió el divorcio por mutuo consentimiento y aún a petición de uno de los cónyuges.**

Al sancionar el Código Napoleónico o Francés, se mantuvo el divorcio vincular, pero se limitó de una manera especial a sus motivos.

1.2 Divorcio

En el lenguaje o contexto doxa.

El vocablo divorcio, contiene la idea de separación.

1.3 Etimología del término divorcio

Etimológicamente el divorcio significa las sendas que se apartan del camino.

Divortium se deriva del latín divertere, que significa irse cada uno por su lado. Tomó este nombre de la separación de voluntades del hombre y de la mujer, a diferencia de las que tenían cuando se unieron.

1.4 Divorcio en sentido metafórico

En sentido metafórico el término divorcio es la separación de cualquier cosa que está unidad.

1.5 Gramaticalmente el vocablo divorcio

Según este contexto significa separación, divergencia. Disolución de un matrimonio válido pronunciado por un tribunal.

1.6 Divorcio desde el punto de vista jurídico

Desde el aspecto jurídico, equivale a disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro compromiso.

1.7 El término divorcio en un concepto general

En la concepción lata o amplia, se llama divorcio a la acción o efecto de separar, el juez competente, por sentencia, a dos casados en cuanto a cohabitación y lecho.

En esta definición amplia o general, podemos hallar dos conceptos.

1.7.1 En primer lugar

Según la tradición canónica y el criterio de algunas legislaciones que se inspiran en ella, se entiende por divorcio la separación de cuerpos, es decir, el estado de dos cónyuges o esposos dispensados por sentencia de obligación de cohabitar.

1.7.2 En segundo sentido

Se trata de la ruptura del vínculo matrimonial o nupcial, pronunciado por una sentencia judicial, como consecuencia de un proceso legal y correcto, que se inicia con la demanda iniciada por uno de los cónyuges u esposos o por ambos, y argumentada o sustentada por las causales que la norma identifica y determina.

Entre ambos aspectos u conceptos, que en realidad caracterizan a dos institutos distintos existen importantes diferencias. La más importante es la facultad de los divorciados por divorcio vincular, de casarse nuevamente.

Las diferencias entre el divorcio, la separación de cuerpos y la declaración de nulidad son muy importantes.

1.7.3 La separación de cuerpos

No extingue el vínculo de estar casado u casada, únicamente debilita algunos de los derechos de carácter personal que se inician con las nupcias o matrimonio, como la cohabitación, dejando subsistentes algunos otros deberes de índole patrimonial, como el derecho y obligación de brindar los alimentos.

1.7.4 La declaración de nulidad

Establece el vicio que la originó, sea que se trate de la existencia de un impedimento o de un vicio del consentimiento, por el cual el matrimonio es inválido e ineficaz para producir efectos jurídicos.

Tanto el divorcio como la declaración de nulidad de matrimonio permiten la celebración de un nuevo matrimonio, aunque por motivos distintos.

En cambio la separación de cuerpos, al dejar subsistente el vínculo conyugal, impide la celebración de un matrimonio posterior.

1.8 El término divorcio según Planiol y Ripert

Para estos maestros y jurisconsultos Planiol y Ripert “el divorcio es la ruptura del matrimonio válido, en vida de los dos esposos o cónyuges.

El divorcio es diferente que el concepto de separación de cuerpos, ya que esta solamente debilita los lazos conyugales, sin llegar a la ruptura final.

Título II

El divorcio en la Legislación Peruana

Nuestro país Perú hasta la actualidad ha tenido tres códigos civiles, cada código con sus propias y distintas características, a continuación haremos una breve referencia sobre nuestro tema de investigación que es en primer lugar la evolución del divorcio en su aspecto legislativo.

2.1 El Código Civil de 1852

Según la tesis titulada “La separación de hecho, como causal objetiva del divorcio remedio, Huancavelica-2015” del investigador Andía Flores, Andrés Elvin, para optar el título de abogado de la Universidad de Huancavelica, dice:

Dicho cuerpo legislativo no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos.

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

Art. 192.- Esta norma expresaba de forma taxativa las trece causales, por las cuales podía obtenerse este divorcio y son:

1. El adulterio de la mujer
2. El concubinato, o la incontinencia pública en el marido
3. La sevicia o trato cruel
4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro
5. El odio capital de uno de ellos, manifestado por frecuentes riñas graves o por graves injurias repetidas
6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad.
7. Negar el marido los alimentos de la mujer.

8. Negarse la mujer, sin graves y justas causas , a seguir a su marido
9. Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales
10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.
11. La locura o furos permanente que haga peligrosa la cohabitación
12. Una enfermedad crónica o contagiosa.
13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

Este primer código civil peruano tiene como antecedente el Derecho Español y Derecho Canónico, que consideraban a las nupcias como carácter monogámico e indisoluble, cuya base era una forma absoluta al divorcio.

Posteriormente sobre este mismo cuerpo legal privado, se da en el mes de diciembre de 1897, el matrimonio civil para los no religiosos, por la cual se permite que las personas que no eran o pertenecían a la religión católica pudieran contraer matrimonio, sin acogerse a las normas o reglas que para dicho acto consideraba el famoso y reconocido **Concilio de Trento**.

Posteriormente en el siglo XX, el año de 1930, se dan dos decretos **leyes Nro. 6889 y 6890 de fecha 4 y 8 de octubre del mismo año en la cual se determinaba y establece el matrimonio obligatorio para todos los habitantes de la República peruana, además se introduce el divorcio absoluto**, lo que significó la asunción de una aspecto legal de “progreso”, que generó en ese tiempo muchas críticas y desavenencias.

El año de 1934, se promulgó la Ley Nro. 7894, por la cual el mutuo disenso fue Considerado como una causal más de divorcio.

2.2 Código Civil de 1936

Fue el segundo documento civil privado que reguló sobre el divorcio. Se formó una comisión de especialistas, la mayoría de integrantes de esta comisión no eran partidarios del divorcio vincular, todo lo opuesto, propusieron una tesis contraria a este.

El Congreso Constituyente de este año, autorizó al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil, además consideró que no se debe alterar las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las leyes arriba mencionadas así como las demás disposiciones legales dada por el Congreso de la República de 1931.

Este código de 1936, estaba orientada por una tendencia al divorcio, ajena a la voluntad de quienes la elaboraron, pero fueron presionados por el Poder Ejecutivo de ese año.

Permitía el divorcio vincular, por las causales expresamente identificadas y señaladas en el art. 247, inc. 1 al 9 de carácter expreso, asimismo permitía el mutuo disenso (inc.10) como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior a divorcio.

SECCIÓN TERCERA

Del divorcio

Título I

Disposiciones generales

Art. 247.- Son causas de divorcio

1. El adulterio;
2. La sevicia;
3. El atentado contra la vida del cónyuge;
4. La injuria grave;
5. El abandono malicioso de la casa conyugal , siempre que haya durado más de dos años continuos;
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común;
7. El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes;
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio;
9. La conducta por delito a una pena privativa de la libertad , mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio;

10. El mutuo disenso, con arreglo a las disposiciones del título tercero.

Las causa 2 y 4 serán apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación y costumbres de los cónyuges.

Art. 248.- La acción de divorcio corresponde a los cónyuges. Si alguno de ellos fuera incapaz de ejercerla, a causa de enfermedad mental, podrá ser representado por cualquiera de sus ascendientes.

2.3 Código Civil de 1984

El Código Civil vigente de 1984 en su TÍTULO IV: Decaimiento y disolución del vínculo; Capítulo Primero: Separación de cuerpos dice:

Art. 332.- Efectos de la separación de cuerpos

La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Art. 333.- Causales

Son causales de separación de cuerpos

1. El adulterio
2. La violencia física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos 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 periodo ininterrumpido de dos años. dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos de 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.

2.4 Elementos ineludibles en toda separación de hecho

En toda separación de hecho tenemos los siguientes elementos que ponemos a consideración:

2.4.1 El elemento objetivo o material

Que se produce con el apartamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos, lo cual es el incumplimiento de este modo con el deber de cohabitación.

2.4.2 El elemento subjetivo o psíquico

Que viene a ser la intención de interrumpir la convivencia mediante la separación, poniendo fin a la vida conyugal, por más que algún deber se cumpla.

2.4.3 El elemento temporal

Por el cual se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años, si los cónyuges no tienen hijos o si estos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

2.5 Separación de cuerpos

El investigador jurídico y maestro Benjamín Aguilar Llanos en su obra: causales de separación y divorcio: un enfoque doctrinario y jurisprudencial (2018: 19-24) afirma que: en

nuestro primer Código Civil de 1852, sólo existía la separación pero no el divorcio, pues código primigenio reguló el matrimonio canónico como único con efectos jurídicos, y en el Derecho canónico no se admite el divorcio.

El Código Canónico sólo prescribe la separación legal como una medida excepcional, y así el canon 1.151 y correlativos establece que los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal, a no ser que se les excuse una causa legítima, y solo permite la separación por causal de adulterio, o cuando se pone en peligro espiritual o corporal al otro o la proles o de otro modo hace demasiado dura la vida en común.

El segundo Código Civil peruano que tenía vigencia desde 1936, incorporando lo que se había realizado en 1930, uniformizó la separación legal e igualmente el divorcio. La desunión, apartijo o apartamiento de los esposos significa estar en desacuerdo con uno de los principios del casamiento cual es compartir la vida en común, este no cumplimiento debe ser censurado; pero se dan aspectos o casos en que se originan aspectos o situaciones extremas entre los cónyuges, que es preferible que se separen, sino las consecuencias o efectos serían peores, generando mayores conflictos familiares muy fuertes con graves ofensas entre ellos y los descendientes o hijos.

2.6 Definición de separación

Analizando el artículo 332 de nuestro Código Civil que textualmente prescribe:

Art. 332.- Efectos de la separación de cuerpos

La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Podemos atrevernos a decir que este hecho u acontecimiento (la separación de cuerpos) tiene como consecuencia retardar los deberes relativos al lecho y habitación, pone también fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Entonces, la separación legal o llamada separación de cuerpos, porque ya no hay obligación de lecho, techo y mesa. Se detienen estos actos, y lo que acontece después es que cada cónyuge vivirá separado, es decir tendrá su propia vida privada, no existe el compromiso ni la obligación de convivir, ni vivir en la misma casa.

Si se da el caso en que los cónyuges se casaron bajo el régimen de sociedad de gananciales, este hecho acaba, realizándose su respectiva liquidación tal como lo señalan los arts. 318 inciso 2 y el artículo 320 del C.C.

La pareja continuará casada, lo que significa que ninguno de ellos podrá contraer nuevas nupcias, porque se mantiene el obstáculo de vínculo matrimonial, así mismo estos cónyuges ahora estarán bajo el aspecto o régimen de separación patrimonial.

2.7 Teorías sobre el divorcio

2.7.1 Divorcio sanción

Ante el fracaso matrimonial **se busca al responsable de este fracaso** quien es sancionado por ley. Se establecen causales específicas y taxativas todas ellas describiendo inconductas.

Según este concepto se entiende que la ruptura matrimonial se da solo por causales específicamente enumerados por la ley, en el que presupone la comisión por parte de uno o de ambos cónyuges de hechos o actos culpables cuya atribución deviene incompatible con la continuación de la vida en común, se exteriorizan por inconductas o faltas.

INTERESA IDENTIFICAR AL CULPABLE.

Se formula como el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha generado motivos más que suficientes para el rompimiento de la unión matrimonial.

Es un elemento o indicador importante la culpabilidad o afrenta de uno de los cónyuges, la tipificación de causales que dan lugar al divorcio y el carácter penalizador del rompimiento matrimonial para el cónyuge culpable.

2.7.2 Divorcio remedio

Esta teoría fue propuesta por el investigador y profesor Teutón Khal, quien argumenta como indicador para apreciar el origen del rompimiento o vínculo matrimonial.

NO SE BUSCA UN CULPABLE, sino enfrentar una solución conflictiva ya existente, en el que se incumplen los deberes conyugales aquí no interesa buscar el que provocó la situación. El divorcio es considerado como REMEDIO en el sentido que es una salida del conflicto conyugal en el que no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de efectuar la vida en común.

El divorcio remedio no indaga el porqué del fracaso conyugal, ni a quien es imputable tal o cual hecho, lo que sí importa es que se hecho, lo que sí importa es que se ha generado una ruptura conyugal o quiebra matrimonial.

2.7.2.1 Divorcio remedio

Según la doctrina el divorcio remedio tiene los siguientes elementos:

- A. El principio de desavenencia graves, profunda y objetivamente determinable.
- B. Existencia de una sola causa para el divorcio: El fracaso matrimonial.
- C. La consideración de que la sentencia de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible; con prescindencia de si uno o ambos cónyuges, son responsable de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar.

2.8 Clases de divorcio

Presentamos las siguientes clases:

2.8.1 Divorcio absoluto

Es la separación definitiva y permanente del matrimonio declarado por el juez de familia competente, que da libertad a que ambas personas tengan un nuevo compromiso o casamiento futuro.

2.8.2 Divorcio relativo

Es la separación convencional de una pareja de esposos, los mismos que llegan a un acuerdo de su acto, pero legalmente siguen siendo esposos.

2.9 Separación convencional

Las vías que pueden realizarlo esta separación convencional son las que a continuación mencionamos.

1. Poder Judicial: tiempo de duración aproximadamente un año y 10 meses
2. Municipalidades : seis meses (el costo es más barato)
3. Notarías : cuatro meses

2.10 Divorcio por causal

Proceso ordinario y se realiza en el Poder Judicial, el tiempo de divorcio es mínimo tres años.

Es el más extenso, complejo y dilatado.

2.11 Por lo que se recomienda tener

Acta de conciliación en donde se considere

- Acuerdo total de ambas partes
- Sobre la tenencia de los hijos(as) si son menores de edad
- El régimen de visitas
- Los alimentos
- El aspecto de la sociedad de gananciales, que es un tópico muy importante para ambos cónyuges.

2.12 Divorcio según la RENIEC

Según esta institución estatal del año 2017, de 5 matrimonios, una pareja se divorcia. Y la estadística o porcentaje es el siguiente:

- Separación de hecho : 60%

- Mutuo acuerdo : 35%
- Otras causales : 5%

2.13 Definición conceptual

Adulterio

Es la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero. Es el trato sexual de uno de los cónyuges con distinta persona.

Es una falta al deber de la fidelidad, la infidelidad vendría a ser el género y la especie el adulterio. Tiene que existir el acto sexual.

Affectio maritalis

Es el comportamiento personal, propio y privado hacia el cónyuge, así como el respeto tanto moral como físico (sexual).

Causales

Causal alude a la causa de algo, es decir, el motivo por el cual sucede algo, o produce consecuencias o efectos.

Teniendo en cuenta que en nuestra legislación la doctrina del divorcio causal y remedio se aplica para alcanzar la separación legal o el divorcio, entonces interesa conocer a que se llama causales, cómo deben entenderse las mismas y que hechos le sirven de sustento a estas causales. Entonces las causales deben ser entendidas como mal comportamiento de una de las partes (cónyuges), que al final terminando lesionando el bien jurídico protegido.

Divorcio bona gratia

O por causa inculpable que no comportaba sanciones como era el que se fundaba en la impotencia o en el cautiverio del cónyuge.

Repudium

Era la carta otorgada por el esposo, por la cual se determinaba la disolución del matrimonio, en épocas de la antigüedad, la mayoría de culturas anteriores a la modernidad practicaban este acontecimiento como se fuera algo común o normal.

Capítulo III: Metodología

3.1 Paradigma: Cualitativo

Porque permite investigar sin llegar a resultados que usen la estadística inferencial. Es más fácil describirlos que definirlos. No se hará uso de la estadística. Este paradigma también es usado en la historia, arte (música, teatro, pintura, danzas), psicología, zoología, paleontología, etc. Es decir todas las ciencias sociales especialmente.

3.2 Metodología: Jurídica

Según Bartolo Rodríguez, es una forma de abordar, desde los puntos de vista gnoseológico, lógico y axiológico, las realidades y discrepancias jurídicas. Se trata del estudio de las propuestas que permitan resolver problemas en el ámbito jurídico.

3.3 Alcance: Exploratorio/Descriptivo

Es exploratorio: consideramos que todo trabajo jurídico, primero se realiza el reconocimiento del tema a tratar, haciendo acopio de toda la información necesaria del tema a investigar.

Es descriptivo: todas las investigaciones, ya sea cuantitativa, cualitativa o mixtas, siempre tienen que expresar sus pensamientos mediante esta técnica como es la descripción en todas las etapas de la investigación.

3.4 Métodos: Inductivo, deductivo, de análisis y de síntesis

Inductivo: Pues realizamos la investigación de menos a más, es decir comenzamos con una pequeña orientación o pista, después esta información se va acrecentando.

Deductivo: Es cuando ya tenemos toda la información y el proceso va de más a menos, es decir ya tenemos conocimiento de la mayoría de aspectos del estudio.

Análisis: Con toda la información recabada o acopiada, estamos preparados para intentar hacer una descripción más completa y detallada sobre el estudio propuesto.

Síntesis: El método sintético viene a ser el resumen de toda la tarea propuesta, realizamos ya el tema de una manera breve y concisa.

3.5 Diseño de la investigación: Cualitativo

A esta clase de investigación no se llega por métodos estadístico u otros modelos de cuantificación, no se hace uso de la estadística inferencial, que la mayoría de estudiosos del derecho y las ciencias jurídicas no maneja.

Algunos datos pueden o son cuantificables, pero la evaluación total o síntesis es cualitativa.

No experimental – (Variedad) Transaccional o transversal. Tipo: exploratorio / descriptivo- No interactiva.

3.6 Naturaleza: Dialéctico y sistemático

Estos dos presupuestos, epistemológico y ontológico, se debe hacerlos explícitos, en toda investigación a partir de la exposición del marco teórico.

3.7 Investigación

No interactiva

3.8 Tipo

Aplicada

3.9 Unidad de análisis

Art. 333- Derecho de familia- Código Civil

3.10 Técnicas e instrumentos

3.10.1 Técnicas

Las Técnicas de investigación, según Tamayo y Tamayo (2007) “es el conjunto de procedimientos que hacen posible una eficaz recolección de información, con economía de tiempo y esfuerzo. En la técnica, su consistencia no está en el criterio de verdad o certeza, sino en su nivel de eficacia. Es el conjunto de reglas que implican el uso, identificación y son:

- Observación
- Técnica documental

- Técnica de interpretación de las normas jurídicas
- Análisis documental
- Análisis de tesis
- Análisis hemerográfico
- Análisis de Webgrafía

3.10.2 Instrumento(s)

Tamayo y Tamayo(2007: 81) define al instrumento(s) : como la ayuda o elementos que el investigador construye para la recolección de datos a fin de facilitar la medición de los mismos.

Los instrumentos a utilizar en nuestra investigación son:

- El investigador
- Cuestionario
- Guía de observación
- Expedientes judiciales
- Hoja de control
- Ficha de observación

Capítulo IV: Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones

Primera: En el divorcio una vez dada la sentencia por el juez, no existe la reconciliación.

Segundo: Que son más los procesos de divorcio que los de separación.

Tercera : En los procesos de separación de hecho, el juez velará por la estabilidad económica y patrimonial del cónyuge que resulte perjudicado por esta clase de divorcio, así mismo no se deja en el desamparo a los menores hijos, esto lo tiene que determinar el juez en la sentencia.

Cuarta: La separación de cuerpos tiene como consecuencia retardar los deberes relativos al lecho y habitación, pone también fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Recomendaciones

Primera: Proponemos que se derogue el art. 332 del Código Civil referente a la separación, y de frente se debe realizar el divorcio, pues es la tendencia actualmente en la sociedad moderna.

Segunda: Que el tema de divorcio debe ser menos problemático y menos tedioso, para ambas parte, pues también se ven perjudicados los hijos especialmente cuando son menores de edad.

Tercera: En primer lugar y como un principio elemental del Código del Niño y adolescente, se debe priorizar a los hijos, sobre todos otros aspectos.

Cuarta: Que la separación de cuerpos entre los cónyuges no se debe tomar o ver como una pelea, ni debe existir agresiones psicológicas, mucho menos físicas, porque sin lugar a dudas eso va en contra de la formación integral que deben recibir, especialmente los niños o niñas. Debe ser la separación casi natural producto o efecto de muchos aspectos entre los cónyuges.

Referencias

- Abate, Francisco (1987). *La armonía conyugal*. Astrea, Buenos Aires, Argentina
- Aguilar, Benjamín (2008). *La familia en el Código Civil Peruano*. Ediciones legales, Lima.
- Albadalejo, Manuel (1976). *Compendio de Derecho Civil*. 3ra edición, Bosch, Barcelona.
- Arias, José y Arias, Bonet (1986). *Derecho Romano, Revista de Derecho Privado*. Madrid.
- Arias –Schreiber Pezet, Max (2002). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica, Lima.
- Borda, Guillermo (1988). *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Perrot, Buenos Aires
- Eduardo Pallares (2001). *El matrimonio en Roma, sus características principales*. Editorial Mundo Juris. Barcelona, España.
- Caballero, Henry (2013). *La separación de cuerpos y el divorcio por la causal de condena de delito doloso*. En Torres Carrasco, Manuel (Coordinador). *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantía*. Gaceta jurídica, Lima.
- Cabanellas de Torres, Guillermo (1989). *Diccionario jurídico elemental*. Cultural Cuzco, Lima.
- Flores Margadant (2000). *Las nupcias en la antigüedad*. Editorial Juris. Universidad de Alicante, España
- Bonfante (1986). *Tratado de derecho civil*. Editorial Atenas. Madrid, España.
- Fustel de Coulanges (1990). *Roma Clásica o Antigua: matrimonio y divorcio. Breve análisis*. Juris. España
- Pospishil (1987). *El divorcio en Roma Clásica. Un estudio general*. Editora Juris Tantum. Madrid, España
- Volterra (1986). *El divorcio y el adulterio en Roma antigua, breve historia*. Ediciones España jurídica. Madrid

Webgrafía

[https://www.usfx.bo/nueva/Cepi/466_Tesis %20](https://www.usfx.bo/nueva/Cepi/466_Tesis%20Editadas) Editadas

%20CEPI/255Maestra/70_ADMINISTRACIÓN%20DE%20JUSTICIA/Divorcio%20%conse
ntimiento%20mutuo/Divorcio

Repositorio.unh.edu./handle/UNH/1020

[https://www.infobae.com/américa/mundo/2018/06/01/para_divorciarse_hay_que_dar_](https://www.infobae.com/américa/mundo/2018/06/01/para_divorciarse_hay_que_dar_examen_y_ser_reprobado)

examen _ y _ ser _reprobado

[https: // veja.abril.com.br/Brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-um-divorcio-no-
brasil](https://veja.abril.com.br/Brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-um-divorcio-no-brasil)

[https:// peru21.pe/peru/-inscripción-de-divorcios-nivel-nacional-creció-ocho-departamentos-
462483](https://peru21.pe/peru/-inscripción-de-divorcios-nivel-nacional-creció-ocho-departamentos-462483)