

EL DIVORCIO EN EL PERU

ANTECEDENTES

Código civil de 1852
Leyes de Divorcio de 1930
Código Civil de 1936
Código Civil de 1984

Por Carmen Meza Ingar¹

INTRODUCCIÓN:

La historia del Perú reconoce la institución del "divorcio" pleno, únicamente desde 1930. Sin embargo se encuentran documentos sobre el divorcio en el Perú desde los siglos XVII y XVIII, es decir, cuando la institución familiar se basaba únicamente en el matrimonio eclesiástico y el divorcio de entonces, solo daba lugar a la posibilidad de una separación de mesa y lecho, mas no al divorcio pleno, o lo que significa contraer nuevo matrimonio.

1930 fue el año de los legisladores que lograron se apruebe el "divorcio". Desde esa fecha los códigos recogieron la institución con sus consecuencias plenas de ruptura del vínculo matrimonial.

En la fecha son causales de divorcio en el Perú las siguientes:

- 1.- Adulterio
- 2.- La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias. (la última parte, sobre el juez, se derogó por sentencia del Tribunal Constitucional).
- 3.- El atentado contra la vida del cónyuge.
- 4.- La injuria grave.
- 5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años condicio-

nal cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a ese plazo.

- 6.- La conducta deshonrosa que haga insostenible la vida en común.
- 7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
- 8.- La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
- 9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- 10.- La condena por delito doloso o pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- 11.- Cuando sea entre los cónyuges la vida imposible.
- 12.- El abandono de hecho transcurridos dos años; y, si tuvieran hijos menores, cuatro años.
- 13.- Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

La injuria grave y la conducta deshonrosa y la violencia física, estaban, originalmente sujetas a la calificación del juez, según la educación y costumbres de los cónyuges. Sin embargo, una sentencia del Tribunal Constitucional, el 13 de

¹ Ponencia de la profesora investigadora en el Congreso de la Unión Internacional de Abogados, Sydney Australia, Octubre 2002.



mayo de 1997, declaró inconstitucional dicha calificación, salvo casos de injuria grave.

Los numerales 11 y 12 son causales que se originan en la Ley 27945, de 7 de julio de 2001, que adicionó dichas causales a las que figuraban en el Código Civil.

Tradicionalmente hubo falta de celeridad en los procesos sobre divorcio. También había una tendencia anti divorcista en los jueces, es decir que los estudios de las tendencias jurisprudenciales denotan gran número de sentencias declaradas improcedentes. Un ejemplo lo da el caso de la causal quinta, referida al abandono injustificado, que generalmente deviene improcedente para litigantes que no acreditan haber pedido a su cónyuge que regrese al hogar.

En el divorcio de peruanos influye el aspecto socio económico, pues hay muchos padres que abandonan a sus hijos. En los divorcios, es requisito, *sine quanon*, que los padres cumplan con los alimentos, concepto que incluye la responsabilidad por la educación, la salud, la recreación, y, en general, la sobre vivencia de la familia.

ANÁLISIS DE LA REALIDAD. Los justiciables:

Muchas veces, la trasgresión de los deberes conyugales, llevada a los estrados judiciales no da el mismo resultado.

Basándonos en ese supuesto tracemos a la memoria el caso del señor que inicia demanda a su cónyuge por no convivir juntos hace años y porque entre ellos no hay esa unión que la ley impone a los casados. La mujer no reconvino, sino que alegó no estar de acuerdo con la demanda, y en la sentencia el juez falló declarando improcedente la demanda, por cuanto el demandante no llegó a probar los hechos imputables a la mujer.

Otro ejemplo es el de los cónyuges que en forma conjunta plantean el divorcio, en una decisión más acorde con la realidad vivencial de la pareja.

Los casos en los que las decisiones son consensuales, generalmente tienen éxito, se trate de imputarse mutuamente las faltas a los deberes conyugales, o simplemente, manifestar el deseo de iniciar la demanda que les permita tener otra etapa en su existencia.

Las demandas por causal, generalmente son difíciles de probar, salvo que la parte interesada en demostrar esas trasgresiones legales, cuente, en el momento de iniciar la demanda con pruebas pre establecidas, como exigencia en el proceso civil peruano, que pertenece al sistema formal latino.

Y, en estos casos procesales, iniciados por causal, generalmente uno de los cónyuges es culpable y el otro es el inocente, el que ha sido agredido por la conducta del demandado, trátase de él o de ella.

Es lo que generalmente se conoce como "divorcio sanción".

Frente a esta forma de divorcio existe lo que se denomina: "divorcio remedio", es decir, cuando no hay otra alternativa para los cónyuges, dada la imposibilidad de continuar su vida en común.

CLASES DE DIVORCIO:

Antiguamente se estudiaba el divorcio pleno y el semi pleno; ambos correspondían al divorcio propiamente dicho y a la separación.

Definido el divorcio pleno, es decir, el que termina con el vínculo matrimonial, hoy se prefiere hablar de "divorcio sanción" y "divorcio remedio".

El divorcio remedio se da, a veces, en sistemas cerrados, y, en otras naciones, en sistemas abiertos.

El divorcio remedio se da en sistema cerrado cuando la ley tiene tipos objetivos, de manera taxativa, que, si son comprobados, el juez debe declarar el divorcio.



El divorcio remedio se da también en sistemas abiertos, como sucede en Cuba. En este país, quienes desean divorciarse apelan a una forma legislativa, amplia y general, delegando en el juez la facultad de dar contenido a dicha fórmula.

Este sistema abierto permite abarcar un cúmulo de situaciones, que difícilmente podrían ser previstas en el ordenamiento si se acudiera a una enumeración casuística. Por eso es necesario advertir el serio inconveniente de que en estos supuestos se confiere al juzgador un exceso de facultades. En algunos casos podría darse la arbitrariedad del juez, por el hecho de dar al poder jurisdiccional del juez la decisión de cuándo una determinada realidad matrimonial se encuadra en el modelo genérico general. Este poder del juez podría facultarlo a introducirse en el hogar de los cónyuges, en la vida afectiva de la pareja, afectando la intimidad de los consortes, con la finalidad de probar la efectiva e irremediable ruptura de la unión formada por el peticionante del divorcio.

DERECHO COMPARADO

El Código de Familia de Cuba tiene divorcio unilateral en su art. 51, segunda parte, 2ª, que dice que procederá el divorcio "cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad".

CASO DEL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA POR VOLUNTAD UNILATERAL EN LA LEGISLACIÓN SUECA:

Este modelo ha quebrado una tendencia en el derecho comparado al instaurar el divorcio sin expresión de causa, por la exclusiva voluntad unilateral de un cónyuge.

Con esta ley, cualquiera de los cónyuges, de manera unilateral, puede requerir su divorcio, sin necesidad de invocar, y mucho menos probar, la concurrencia de hechos subjetivos (imputación de conductas reprochables en el otro) u objetivos (quiebra irremediable del

matrimonio, separación de hecho, etc.). Tampoco se impone un plazo mínimo de matrimonio, de modo que, es la misma voluntad unilateral la que tiene la virtualidad propia para acceder al decreto de divorcio.

Es importante, sin embargo, dejar constancia de un requisito en este proceso sueco de divorcio. Se refiere al transcurso de un período de reconsideración (de manera similar a lo preceptuado en el art. 231 del Código Francés cuando regula el divorcio por mutuo acuerdo), con la finalidad de evitar requerimientos apresurados.

El art. 2º, parte 2ª, capítulo 5 del Código de Suecia expresa: "si es intención de uno de los cónyuges disolver el matrimonio, este podrá iniciar acción de divorcio previo período de reconsideración".

Y, el art. 3º, parte 2ª del mismo capítulo, especifica: " el período de reconsideración comenzará...cuando uno de ellos notifique al otro acerca de su intención de solicitar el divorcio. Transcurridos por lo menos seis meses del período de reconsideración, se dictará sentencia en caso de que alguno de los cónyuges presentase solicitud de divorcio. Si dicha solicitud no se presentase en un período de un año a contar desde el comienzo del período de reconsideración, la causa del divorcio, caducará. Asimismo, si la demanda de divorcio es rechazada, el período de reconsideración se entenderá extinguido".

Hay una sola hipótesis en que el divorcio por petición unilateral no exigirá el plazo de reflexión. Está previsto en el art. 4º, parte 2ª, capítulo 5 que señala: "Si los cónyuges han vivido separados por lo menos durante dos años, cualquiera de ellos tendrá derecho a divorciarse sin un período de reconsideración precedente".

Se percibe que en este supuesto la ley sueca incorpora la necesidad de prueba de un hecho objetivo-la separación de hecho- a semejanza de otros ordenamientos, como el Código Civil alemán. Sin embargo, adviértase una



diferenciación. El Código Sueco admite la prueba de la separación con la única finalidad de evitar el período de reconsideración, pero no para obtener el divorcio, el que siempre podrá lograrse unilateralmente por una vía que no admite expresión de causa. (2)

Los expertos suecos alegan que se busca garantizar que el divorcio surja de una decisión pensada y elaborada por el cónyuge, y no de un eventual desborde emocional.

LEGISLACIÓN PERUANA

En el Perú se inspiraron algunos legisladores en la legislación de Derecho Comparado europeo, y hablaron de "divorcio automático" al presentar su proyecto de divorcio rápido como alternativa a los procesos formales que se sigue de acuerdo al Derecho Latino.

Aparte de la formalidad que exige el rigot jurídico peruano, se debe tener presente la realidad socio económica y cultural. Nótese que en el Perú se habla 45 idiomas nativos, además de las lenguas oficiales que son el castellano, el quechua y el aymara.

Nótese que las leyes peruanas se elaboran y publican en castellano, idioma español, por lo que las jóvenes o la población que no es hispano hablante desconoce el vigor de las diferentes leyes, y, con ello, la naturaleza y clasificación de los derechos que protegen a cada persona, a cada ciudadano en el Perú. Quienes desconocen sus derechos civiles y políticos se encuentran en desventaja frente a las opciones que se podría presentar en su vida familiar o ante la nueva legislación que le ofrece nuevas formas de divorcios.

En este caso, debe recordarle que en el Perú tenemos cuatro mil jueces de paz no letrados, y los que ejercen la judicatura en las altas comunidades andinas o en las zonas ribereñas de la selva, no son competentes para resolver estos casos, que se ventilan en los juzgados, con jueces pertenecientes a la carrera judicial,

(2) Código Civil Sueco

en otras instancias. Esta clarificación es necesaria para considerar la importancia del trabajo sobre la forma de garantizar el cabal ejercicio de derechos, en ambas partes.

Y, algo, tan importante como el ejercicio de derechos individuales, es, también el ejercicio de los derechos sociales y económicos, ambos íntimamente vinculados a la institución familiar y en un país donde la seguridad social no tiene cobertura general en la población. Las familias dependen en lo económico del trabajo de los padres, particularmente, del padre de familia, cuyos ingresos están debajo de los salarios de los estándares internacionales.

El Perú, a diferencia de los países bálticos o de la comunidad francesa, no tiene plenitud de empleo, muchos padres de familia o son desempleados o han quedado sin trabajo estable y su futuro económico no es ventajoso.

Es un imperativo reflexionar en el futuro de la familia y en las dificultades en las que viviría la célula básica de la sociedad, si se facilitara el divorcio, como se ha comentado referido en el análisis de la legislación de Suecia, por ejemplo.

Por eso no fue fácil hablar de divorcio en el Perú. Y es más difícil mencionar se facilite el divorcio.

Para muchas mujeres e hijos, el divorcio es una solución cuando la paz de la familia se quiebra por padres etílicos o que tienen mal carácter, sin embargo, el aspecto económico influye para que muchas cónyuges prefieran soportar a un marido violento. La necesidad económica es valorada en extremo.

Por eso traemos a la memoria la reciente ley peruana, que nos invita a reflexionar sobre el divorcio y su impacto en la célula básica de la sociedad, la familia.

En efecto, la dación de la Ley N° 27495, **SOBRE NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO EN EL Perú**, por abandono de hecho, merece un detenido estudio de la propuesta, de sus antecedentes, y, finalmente, de cómo resultó aprobada la ley referida, y sus alcances en la vida social.



El derecho de familia, tiene, como decimos, profundas raíces sociales. Busca regular el bienestar del grupo familiar. Y, en el tercer milenio de la cristiandad, en el que vivimos tantos cambios sociales y políticos, que influyen en la forma de vida, para todos los abogados y ciudadanos de buena voluntad es un reto procurar y conseguir el fortalecimiento de la institución familiar.

Este noble propósito tiene mucho valor, máxime hoy, porque en nuestros días no solo se habla en forma simple de familia tradicional, sino que también se considera a las denominadas "familias ensambladas", y las familias migrantes.

El primero de estos ejemplos se da cuando los padres viudos o divorciados vuelven a contraer matrimonio y hay casos en los que sus hijos adolescentes se resisten a incorporarse a esos nuevos hogares. Surgen nuevos problemas psicosociales y económicos.

¿Cuántos hogares re-hechos no armonizan?

Pareciera que no se ha pensado en el derecho de los hijos, pese a la riqueza del principio universal que reconoce el interés superior del menor. Surge, pues, el asunto del conflicto de intereses, a veces doloroso, cuando se ventilan en los estrados judiciales.

En este marco social, y, situados, en el Perú, donde el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) ha publicado que el 15.5% de los padres de 15 a 39 años de edad, son convivientes, es decir, que si estudiáramos a los padres mayores de esa edad, aumentaría dicho porcentaje. Por ello decimos, en el Perú ¿es justo favorecer los divorcios? ¿no sería más urgente estudiar cómo fortalecer la familia?

Existen programas de matrimonios masivos, para los no casados, responden algunos investigadores o civilistas. Sin embargo no se ha dado un sitio a los incipientes proyectos de las Escuelas de Padres.

No se prepara a los pretendientes para contraer matrimonio civil, para que asuman a cabalidad sus deberes con el otro cónyuge y con sus propios hijos.

Reconozcamos que no vivimos en Francia, donde las familias no necesitan iniciar un proceso de alimentos, cuando son desatendidos, acuden al Seguro Social, entidad que los atiende, y a su vez demanda al obligado, con la garantía que en esa nación todos los ciudadanos tienen un sueldo o pensión, ya que Francia es una sociedad de trabajadores.

En el Perú hay numerosos hogares sin padres, y tenemos que advertir que muchos connacionales nuestros niegan a los hijos de su propia sangre.

Sabemos también que las pruebas científicas del ADN, para demostrar la filiación son costosas, y gran parte de la población no tiene acceso a dicha prueba biológica, pese a la disposición de la Ley N° 27048, sobre asistencia a quienes tienen menos recursos económicos.

Y, volviendo al tema del divorcio, siempre he sostenido que facilitar el divorcio en el Perú significaría agudizar la crisis familiar, favorecer al cónyuge que abandona el hogar y promover matrimonios irreflexivos, con una expectativa facilista.

También he afirmado que sufriría el sistema legal formal porque no habría prueba fehaciente de la fecha cierta del abandono. Además viviríamos en una situación de retroceso en cuanto a la civilización, porque no se respetaría la igualdad de derechos de hombres y mujeres en el matrimonio y en la disolución del mismo, equiparando la nueva causal de abandono, al viejo repudio de las legislaciones religiosas judía e islámica.

La legislación peruana, cambió el 7 de julio de 2001, porque hasta entonces, el Código Civil Peruano ostentaba diez causales de separación y divorcio, de conformidad con lo preceptuado en el art. 333 del Código Civil, y, una opción para la demanda consensual o convencional en



ambos casos, separación y divorcio. Como decimos, el 7 de julio de 2001 se dio una nueva ley, la que tiene el N° 27495, que presenta una serie de enmiendas al proyecto original, en el que las corrientes divorcistas solo apreciaban virtudes. Ese cambio o enmiendas al Proyecto Original consagra una postura racional sobre la materia. Y, dan la razón, a los que cuestionábamos –con argumentos- la separación de hecho y ulterior divorcio automático.

La Ley N° 27495 no puede ser designada como de divorcio automático. Por el contrario, presenta varias condiciones previas, similares, en cuanto a celeridad, a los recursos dilatorios, para garantizar los derechos de los hijos y del cónyuge abandonado.

La Ley N° 27495 respeta el derecho de terceros y fija fecha oficial de la separación de hecho: la de la inscripción en el Registro Personal...con ello se contraviene la informalidad que presupone la separación de hecho.

La nueva ley modifica varios numerales, agrega dos causales a la legislación peruana y condiciona la demanda de separación de hecho a que el actor acredite estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hubiere pactado con el cónyuge, como lo consagra el art. 345 del Código Civil, adicionando el numeral 345 A del Código Civil.

Igualmente añade un párrafo expreso para garantizar la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho. El juez deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal.

Explicar cada uno de estos conceptos significa recordar todos los argumentos que hemos formulado, al criticar el ante proyecto original, en el seno del Congreso de la República, en los debates organizados por la Comisión de Constitución, en octubre de 1999.

También es oportuno tener presente la novísima Ley en su causal de abandono de hecho, contraviene la Constitución y los Tratados Internacionales que consagran el principio de igualdad de varones y mujeres y el pleno vigor

de los Tratados Internacionales.

La Convención para eliminar todas las formas de discriminación de la Mujer, adoptada por la ONU, en 1979, fue ratificada por el Perú por la Resolución Legislativa N° 23432, en 1982, y en su art. 16, inc. c) preceptúa la igualdad: “los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución”.

Finalmente, tendríamos que reconocer que el proceso, consecuencia de la novísima ley, tendrá varias limitaciones que atentarán contra el principio, de igualdad ante la ley, pues los demandantes que sean ciudadanos solventes, de gran fortuna, que dispongan de altas cantidades para cumplir con las obligaciones referidas, que constituyen condición sine quanon para iniciar la demanda, será quienes inicien esta clase de procesos.

En forma indirecta, se ha dado una ley que consagra la discriminación, mediante el derecho, pues quienes no cuenten con los medios financieros necesarios, quedan, en puridad, excluidos de iniciar esta clase de demanda. La justificación sería la protección de los derechos de los miembros débiles de la familia, los niños. **PROPUESTAS** que complementan el estudio del matrimonio y del divorcio en el Perú:
El Servinacuy (matrimonio a prueba)

La Union de Hecho o convivencia (no todos los concubinatos, unicamente los que reunen los requisitos preceptuados en el art. 326 del Código Civil)

Derecho de Familia Procesal

El Codigo de Familia

CONCLUSIONES

1.-Se reconoce la bondad de la legislación comparada, conociendo diversas realidades geográficas y sociales.

2.- En el Perú urge fortalecer la institución familiar para garantizar se haga efectivo el derecho de los menores, particularmente, el que



consagra el interés superior del niño, en el seno de su propio hogar.

3.- Gracias a las campañas y debates de los juristas, se logró que las nuevas causales de divorcio, incorporadas a la legislación peruana, garanticen el previo compromiso de los padres con sus hijos, cuando éstos son menores de edad.

4.- La novísima Ley N° 27495, que incorpora a la legislación peruana la causal de "abandono de hecho", condiciona la demanda al cumplimiento de obligaciones alimentarias y a una indemnización al otro cónyuge, según el caso.'

BIBLIOGRAFÍA

Cabello, Carmen Julia: "Divorcio y Jurisprudencia en el Perú", Lima

Cornejo Chávez, Héctor: "Derecho Familiar Peruano", Lima

Legislación Comparada
Legislación Peruana

Meza Ingar, Carmen: "Ideas para un Código de Familia", CONCYTEC, Lima, 1990

Meza Ingar, Carmen: "Reflexiones de fin de siglo", Exigráfica, Lima, 1999

Meza Ingar, Carmen: "Más allá de la Igualdad", Amaru Editores, Lima, 1986

Mizrahi, Mauricio Luis: "Familia, Matrimonio y Divorcio", Buenos Aires, 1998

Sydney, Octubre 2002