

DISCURSO DEL DOCTOR MANUEL MACEDO DIANDERAS, PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE REORGANIZACIÓN Y GOBIERNO Y DIRECTOR GENERAL DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, ANTE LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY ACERCA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO

13 de octubre de 1999.

Señor Doctor Oscar Medelius Rodríguez,
Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la República.
Señores Congresistas miembros de esta ilustre Comisión.
Señoras y Señores.

En representación de la Academia de la Magistratura, órgano constitucional que tiene la misión de formar y capacitar a los futuros y actuales magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público, deseo agradecer la deferencia que han tenido en hacernos partícipes del alturado y espero esclarecedor debate público en torno a diversas propuestas legislativas relativas a la posible incorporación de la separación de hecho como nueva causal de separación de cuerpos y divorcio.

Nuestra Institución, consciente de su delicada función de permanente preparación de los operadores estatales del Derecho, constituye un espacio de constante reflexión sobre la evolución de nuestro ordenamiento jurídico, siendo sensible a las necesidades de innovación legislativa, a partir de la experiencia cotidiana de la aplicación del Derecho en nuestros tribunales, que es transmitida a nuestra Institución por jueces y fiscales de todos los niveles.

En esa medida, estimamos que la Academia tiene la privilegiada oportunidad de ser una caja de resonancia de las expectativas de nuestros siempre vigilantes magistrados en torno al progresivo perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en función a su adecuada aplicación práctica y real vigencia. En esa perspectiva, es interés y obligación de nuestra Institución facilitar la transmisión de las inquietudes generadas en el quehacer jurisdiccional y fiscal sobre diversos y variados aspectos de nuestro ordenamiento legal.

De otro lado, apreciamos con suma satisfacción la realización de consecutivas sesiones ordinarias de

vuestra Comisión en la que, con un alto sentido democrático, se someten a consideración pública diversas propuestas legislativas sobre álgidos temas de nuestro ordenamiento jurídico, de gran repercusión en el entramado social en el que se aplica. Enaltece la tolerancia y el pluralismo de vuestro proceder a una permanente convocatoria de representativas instancias de la sociedad civil organizada, para escuchar y recoger los aportes que pudieran contribuir al perfeccionamiento de nuestras leyes. Ello dota de enorme legitimidad a las reformas normativas que vuestra Comisión pudiera promover.

Nuestra Institución saluda esta actitud de apertura de vuestra Comisión que refleja la absoluta conciencia de que, como diría Karl Loewenstein, finalmente el Parlamento es un poder constituido cuyas facultades provienen del soberano en toda democracia, el pueblo o poder constituyente. El Congreso se debe a la ciudadanía y, qué mejor que recoger la opinión de sus organizaciones e instituciones antes de legislar.

Pues bien, en esta ocasión, tenemos el honor de venir a expresar el punto de vista de la Academia de la Magistratura en torno a la separación de hecho como inculcable fenómeno social y su posible regulación normativa frente a la separación de cuerpos y el divorcio.

Nuestra exposición está sistematizada en tres grandes partes. En principio, desarrollaremos algunas consideraciones generales sobre el matrimonio, la separación de cuerpos y el divorcio. Luego, aportaremos algunos elementos para una eventual regulación de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio. Finalmente, nos pronunciaremos sobre los diversos proyectos de ley que se vienen discutiendo sobre el particular, proponiendo un texto normativo alternativo. Demos, pues, inicio a la agenda propuesta.

I. Consideraciones generales sobre el matrimonio, la separación de cuerpos y el divorcio

En esta parte de la exposición, analizaremos el marco constitucional y legal de tales figuras jurídicas, así como los sistemas legales de divorcio que existen en la actualidad.

1. Marco constitucional

Nuestra Carta Magna contiene dos normas, previstas en los artículos 4º y 50º, que resultan pertinentes para efectos de la presente temática. El artículo 4º preceptúa textualmente que:

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

Tres ideas centrales pueden extraerse de esta norma:

- a) El matrimonio y la familia son institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Es decir, son pilares de nuestra vida en común. Y, ciertamente, la forma habitual de consolidar una familia es a través del matrimonio, en cuyo seno se suele dar la procreación de los hijos.
- b) En virtud de lo anterior, la comunidad y el Estado protegen a la familia a partir de la promoción del matrimonio.

- c) Sin embargo, el fomento de la unión conyugal no impide a la Carta Magna reconocer que también debe preverse las causales de separación de los cónyuges y disolución del vínculo matrimonial, lo cual es encomendado a la ley, en lo que en doctrina constitucional se denomina "reserva legal".

Que la Constitución contemple expresamente la posibilidad de la separación de los cónyuges y disolución del vínculo matrimonial, es reflejo de la libertad de cultos prevista en el artículo 50° de nuestra Ley de Leyes:

"Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas".

Esta norma es transcripción casi literal del artículo 86° de la Carta Magna de 1979, que también garantizaba la libertad de cultos. La clara opción de nuestra Ley Fundamental por un Estado no confesional explica no sólo el reconocimiento de la posibilidad del divorcio frente al carácter vitalicio, salvo situaciones sumamente excepcionales, del matrimonio en el ritual católico u otros credos, sino también la viabilidad de diferencias de enfoque respecto de la disolución del vínculo matrimonial, sobre las que volveremos al abordar los sistemas legales del divorcio.

2. Marco legal

A nivel infraconstitucional, la "reserva legal" se ejecuta a través de la regulación del matrimonio, la separación de cuerpos y el divorcio en el Código Civil.

El artículo 234° de dicho cuerpo normativo define al matrimonio como:

"...la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común...".

Dos ideas centrales pueden extraerse de esta norma:

- a) El matrimonio es y se mantiene permanentemente como una unión voluntariamente concertada. Héctor Comejo Chávez sostiene que como acto el matrimonio es un contrato, pero como estado es una institución.

En efecto, el matrimonio es fruto de un acuerdo de voluntades libremente manifestadas, por lo que es inequívocamente un contrato, que da origen a un entramado de relaciones éticas, emocionales, patrimoniales, familiares y hereditarias que requieren toda una regulación. En esa medida, configura una institución.

Pero, si en su génesis el matrimonio es un contrato en el que el contenido de las obligaciones asumidas por los cónyuges, es decir sus prestaciones, se cumplen involucrando su vida misma, estamos ante obligaciones *intuitu personae* que intrínsecamente comprometen la dignidad y la libertad de la persona, valores fundamentales de todo Estado de Derecho desde la época de la Ilustración francesa.

En ese sentido, es indispensable que la voluntad de mantener el vínculo matrimonial sea permanentemente sentida y compartida por ambos cónyuges, para que la institución matrimonial se sostenga de manera

compatible con la dignidad y la libertad antes mencionadas. De lo contrario, el matrimonio pierde su principal sustento y se vacía de contenido, volviéndose entonces en un frío contrato que hay que cumplir por el *pacta sunt servanda*.

Si el matrimonio sólo es un contrato en su origen, y fundamentalmente una institución en su desarrollo, los pilares emocionales en que se apoya lo despojan de consideraciones puramente contractuales al momento de su regulación. Si, guardando las naturales distancias, el artículo 22° de la Constitución señala que el trabajo es un medio de realización de la persona humana, con mayor razón el matrimonio lo es. Por ello, resulta crucial el ejercicio constante de la libertad en la ratificación cotidiana de la voluntad de permanecer en su seno. De lo contrario, podrá ser oprobiosamente un medio de frustración de la persona humana. Y, con ello, atentaría contra lo que el Tribunal Constitucional denomina el "contenido esencial" de las normas constitucionales antes mencionadas.

- b) Una segunda idea que puede rescatarse del concepto de matrimonio que enuncia el Código Civil es que su objetivo es hacer vida en común. En ese contexto surgen los deberes recíprocos de fidelidad y asistencia en la perspectiva de la cohabitación, así como los de alimentar y educar a los hijos que procreen los cónyuges, previstos en los artículos 287°, 288° y 289° del cuerpo normativo en referencia.

La vida en común se hace en el domicilio conyugal. En esa convivencia, que es eventualmente enriquecida humanamente con los hijos, se configuran los diversos aspectos de la institución matrimonial. De modo que, si la cohabitación desaparece, pierde contenido sustancial la unión conyugal. Entonces, nuevamente la continuidad de la misma obedece al frío cumplimiento de un contrato por el *pacta sunt servanda*.

Llegados a esta estación de la presente exposición, deseo enfatizar lo siguiente: el matrimonio como medio de realización de la persona humana, requiere una permanente reafirmación de la voluntariedad de los cónyuges para su prosecución; y, como institución, requiere construirse cotidianamente en la cohabitación. Sólo así podrá consolidarse como fuente natural de generación de la familia, célula básica de nuestra sociedad.

En función a lo anteriormente desarrollado, el Código Civil contempla la posibilidad del decaimiento y eventual disolución del vínculo matrimonial. En efecto, el artículo 332° del citado cuerpo normativo define a la separación de cuerpos en los siguientes términos:

"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".

Mientras que, en el artículo 348° se señala la principal diferencia entre la separación de cuerpos y el divorcio: éste disuelve el vínculo matrimonial.

Las causales de separación de cuerpos están previstas en el artículo 333° del Código Civil, asemejándose a la separación de hecho pero no siéndolo sólo dos: el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o discontinuos (inciso 5) y, la separación convencional

al cabo de dos años de celebrado el matrimonio (inciso 11). No se contempla como causal de separación de cuerpos la separación de hecho.

Según el artículo 349° del Código Civil, las causales de separación de cuerpos, salvo la separación convencional, son también causales de divorcio. De acuerdo con el artículo 354°, transcurridos seis meses de notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges puede demandar el divorcio, facultad exclusiva del cónyuge inocente tratándose de las otras causales.

3. Sistemas legales de divorcio

Ahora bien, en el Derecho Comparado podemos encontrar tres sistemas legales de divorcio: el sistema subjetivo o "divorcio-sanción", el sistema objetivo o "divorcio-remedio" y el sistema mixto.

En virtud a la tradicional influencia de la Iglesia Católica, hasta fines del siglo XIX no se reconoció legalmente otro matrimonio que el canónico que, ciertamente, no admitía el divorcio sino por motivos en extremo excepcionales (en función a la teoría de la invalidez del matrimonio). Ello ocurrió con el Código Civil de 1852. Es recién en 1897 que se reconoció por ley dos formas de matrimonio: la canónica para los que profesaban la religión católica y, la civil para los que se separaron de ella o nunca la profesaron. Se tuvo que esperar hasta 1920, cuando el Congreso aprobó una ley que secularizaba el matrimonio. Sin embargo, esta ley fue observada por el Poder Ejecutivo y recién entró en vigor en 1930, mediante Decreto Ley N° 6889. Es ya con el Código Civil de 1936 que sólo el matrimonio civil produce efectos legales.

En ese contexto, marcado por la promoción y defensa cerrada del matrimonio y la familia, se desarrolló en nuestro país el sistema subjetivo de divorcio, por el cual se le consideró como una patología jurídica que justificaba la sanción personal y patrimonial al cónyuge culpable de la disolución del vínculo matrimonial. Evidentemente, se prohibió que este cónyuge pudiera demandar el divorcio, a partir de la imposibilidad de fundamentar la demanda en hecho propio.

En cambio, en el sistema objetivo de divorcio se asume éste como una solución o remedio a la constatación fáctica de la ruptura de la convivencia conyugal. No se indagan las motivaciones que desencadenaron tal ruptura, por lo que no existen cónyuges culpables o inocentes.

Finalmente, el sistema mixto, como su nombre lo sugiere, tiene elementos de los sistemas anteriormente expuestos. Se mantienen algunas causales de divorcio que califican un cónyuge culpable, imposibilitado de solicitar la disolución del vínculo matrimonial; y, se incorporan causales no inculporias que habilitan a cualquiera de los cónyuges a demandar el divorcio. Además, las sanciones personales y patrimoniales se mantienen para las causales inculporias, desapareciendo para las no inculporias.

El sistema mixto tiene bastante aceptación en el Derecho Comparado a nivel de la escuela romano-germánica. Son claras muestras de ello, la Ley francesa del 11 de julio de 1975, la Ley española del 7 de julio de 1981, y las normas pertinentes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, México y Venezuela.

Además, es el sistema que adopta nuestro Código Civil, por cuanto contempla causales de divorcio que se inscriben en el sistema subjetivo (artículo 333°, inciso 1 al 10) y que son propias del sistema objetivo (separación convencional, prevista en el artículo 333°, inciso 11). Los artículos 335° y 354° prohíben fundar

la demanda de separación de cuerpos y divorcio en hecho propio, con lo cual niega tal posibilidad al cónyuge culpable, pero permite que cualquier cónyuge puede pedir el divorcio en virtud de la separación de cuerpos obtenida por separación convencional.

Las sanciones personales y patrimoniales al cónyuge culpable son numerosas: pierde la patria potestad salvo situaciones excepcionales (artículo 339°); pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343°); debe proveer una pensión alimenticia al cónyuge inocente a pesar de estar divorciados, en determinadas situaciones, (artículo 350°); debe pagar una indemnización por daño moral en determinados supuestos (artículo 351°); pierde los gananciales que provienen de los bienes del cónyuge inocente (artículo 352°). Sólo en el caso de la separación convencional, no existe cónyuge culpable, fijando el Juez el régimen de patria potestad y alimentos, observando en cuanto sea conveniente lo que ambos cónyuges acuerden (artículo 345°).

II. Necesidad de regulación de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio

En esta segunda parte de la exposición, vamos a analizar en primer lugar el concepto y los elementos configurantes de la separación de hecho, para posteriormente evaluar la legitimación activa para invocarla. Finalmente, nos pronunciaremos respecto a sus efectos personales y patrimoniales para los cónyuges.

1. Concepto y elementos configurantes de la separación de hecho

Como hemos visto, la separación de hecho no está regulada legalmente como causal de separación de cuerpos o divorcio. La separación de hecho es el estado en el que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o ambos cónyuges. Es, entonces, la interrupción permanente y continua del deber de cohabitación sin voluntad de unirse.

En esa medida, existen dos elementos configurantes de la separación de hecho: uno objetivo o material, que es la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad, de la convivencia; y, otro subjetivo o psíquico, que es la ausencia de la voluntad de unirse. Ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor.

Llegados a esta estación de la presente exposición, deseo volver a enfatizar lo siguiente: el matrimonio es un trascendental medio de realización de la persona humana, requiriendo para alcanzar tal propósito una permanente reafirmación de la voluntad de los cónyuges en su prosecución. En tanto la dignidad y la libertad de la persona están inmersas en las obligaciones que cada cónyuge asume en el acto de celebración del matrimonio no es posible, a riesgo de envilecer esta noble institución, forzar a las personas a mantenerse unidas cuando ya no existe voluntad para continuar casados.

De otro lado, el matrimonio como institución requiere construirse cotidianamente en la cohabitación. Sólo así podrá consolidarse como fuente natural de generación de la familia, célula básica de nuestra sociedad.

En el caso de la separación de hecho ya no hay voluntad de uno de los cónyuges o de ambos de mantenerse unidos, por el contrario existe la voluntad de separarse definitivamente. Como consecuencia de lo anterior, desapareció la cohabitación, ya no hay vida en común. De este modo, queda absolutamente vaciado de contenido el matrimonio, definido por nuestra legislación como la unión voluntariamente concertada para hacer vida en común.

Por ello, la separación de hecho, fenómeno social de incontrastable constatación, debe contemplarse como una causal de separación de cuerpos y de divorcio.

Se ha dicho anteriormente que ampliando las causales de separación de cuerpos y divorcio se atenta contra el mandato constitucional de la promoción del matrimonio y la protección de la familia. Sin embargo, ocurre precisamente lo contrario.

La separación de hecho supone que los cónyuges no cohabitan y que por lo menos uno de ellos no tiene la voluntad de volver a hacerlo. No es inusual que tal cónyuge o ambos inicien tarde o temprano una relación convivencial con otra persona, eventualmente hasta procreando descendencia. Más aún, ocurre con no poca frecuencia que el cónyuge en tal situación, aspirando a regularizar su nueva vinculación sentimental, no pueda convencer a su cónyuge para acordar el divorcio, por una serie de consideraciones emocionales, patrimoniales y de diversa índole. Entonces, tenemos un matrimonio que sólo formalmente sobrevive como tal, que definitivamente no consolida la noción social de familia, a pesar que pudieran haber hijos de por medio y, que mas bien impide la posibilidad de reconocer legalmente un "matrimonio fáctico", que ciertamente está en mejor posición para cumplir el mandato constitucional.

Sensibilizados ante la necesidad de que el Derecho norme eficientemente la realidad social, y no incurriendo en un pragmatismo exento de toda ética, valdría la pena preguntarnos cuál es la mejor regulación que puede darse a una institución en la que la dignidad, la libertad y la realización de la persona humana están de por medio. La Academia de la Magistratura postula un perfil del magistrado ideal, visualizándolo siempre sensibilizado con su entorno social. En esa lógica capacitamos a los futuros y actuales jueces y fiscales. De modo que, nuestra posición a estas alturas resulta obvia: debe legislarse la separación de hecho como una causal adicional de separación de cuerpos y divorcio.

Sólo que, por los distintos efectos sobre el vínculo matrimonial que generan la separación de cuerpos y el divorcio, estimamos que el tiempo que deben tener ambos cónyuges separados de hecho, además de prudencial debe ser mayor en el caso del divorcio. Así, teniendo en cuenta el tiempo requerido para que el cónyuge inocente pueda demandar separación de cuerpos o divorcio por el abandono injustificado del hogar conyugal del otro cónyuge (más de dos años), nos parece razonable que se exijan más de tres años de separación de hecho para viabilizar la separación de cuerpos y más de cinco para el divorcio.

Alternativamente, podría pensarse en restringir la separación de hecho como una causal únicamente para solicitar la separación de cuerpos, que posteriormente habilitaría a pedir el divorcio, como ocurre con la separación convencional (artículo 354º). El fundamento para ello podría ser el que la separación de hecho y la convencional serían las causales objetivas que nuestra legislación contemplaría para solicitar la separación de cuerpos.

2. Legitimación activa para invocar la separación de hecho

Uno de los aspectos más álgidos de la propuesta de incorporar a la separación de hecho como causal de la separación de cuerpos y el divorcio, consiste en la legitimación activa para invocar tal eventual nueva causal.

En el contexto del sistema subjetivo o "divorcio-sanción", nadie puede alegar un hecho propio para solicitar el divorcio. Así lo establecen los artículos 335° y 354° del Código Civil, que de este modo "sancionan" al cónyuge culpable con la imposibilidad de pedir la disolución del vínculo matrimonial. Pero, debemos recordar que nuestro sistema de divorcio es el mixto, con notorios elementos del sistema objetivo o "divorcio-remedio" como la separación convencional como causal de separación de cuerpos y sustento del divorcio, que habilita a cualquiera de los cónyuges a solicitarlo, no inquiriendo por las motivaciones ni las responsabilidades de éstos en el decaimiento y disolución del vínculo matrimonial. De modo que, nuestro sistema no niega la posibilidad de extender esta pauta a la separación de hecho.

Ahora bien, de hecho puede existir una notoria diferencia entre la separación convencional y la separación de hecho: ésta puede darse sólo con la voluntad de uno de los cónyuges, mientras que la primera requiere necesariamente el acuerdo de ambos. Esta peculiaridad podría justificar la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar el divorcio, aún cuando haya sido culpable del decaimiento del vínculo matrimonial. Tal justificación no necesariamente se da en la separación de hecho, por lo que el cónyuge culpable no podría demandar el divorcio. Sin embargo, este razonamiento es incorrecto.

La separación convencional es la primera causal de separación de cuerpos (que puede conducir al divorcio), que aporta nítidamente elementos del sistema objetivo o "divorcio-remedio", en el que no interesan las motivaciones y responsabilidades del decaimiento del vínculo matrimonial. Lo fundamental en este sistema es que prevalezcan la dignidad, la libertad y la realización de la persona humana frente a la institución matrimonial cuando desaparezca la voluntad de mantenerla. El hecho de que ambos cónyuges estén de acuerdo en ello y eventualmente sólo uno en la separación de hecho, no es determinante en tal sistema. Lo que importa es la persona humana, cada uno de los cónyuges, a quien el Derecho debe darle la oportunidad de rehacer su vida, en lugar de conducirla inexorablemente al fracaso y la frustración.

En esa medida, el valor fundamental "persona humana" prima sobre los valores fundamentales "matrimonio" y "familia" que, por lo demás, pierden contenido cuando decae el vínculo matrimonial. Héctor Gross Espiell nos habla de la existencia de una jerarquía entre los valores constitucionales, denominando a los más importantes como derechos "fundamentalísimos" frente a los meramente fundamentales. No en vano el primer artículo de nuestra Carta Magna preceptúa que:

"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Por lo expuesto, también en la separación de hecho debe permitirse que cualquier cónyuge pueda solicitar la separación de cuerpos o el divorcio. Esto no necesariamente supone una decidida preferencia por el sistema objetivo o "divorcio-remedio", sino simplemente agregar más elementos de éste a nuestro sistema mixto, para equilibrar la todavía mayoritaria regulación de causales en la lógica del sistema subjetivo o "divorcio-

sanción". La prueba de ello está en nuestra posición frente a los efectos personales y patrimoniales de la separación de hecho.

3. Efectos personales y patrimoniales de la separación de hecho

Las motivaciones y responsabilidades de los cónyuges frente al decaimiento del vínculo matrimonial sí tienen trascendencia respecto de los efectos personales y patrimoniales de la separación de hecho.

Resultaría injusto no permitir la invocación de inocencia para dejar a salvo los derechos del cónyuge no culpable de la separación de hecho. En tal sentido, debe atenuarse el rigor objetivo de la causal, permitiendo que los cónyuges discutan sobre si alguno de ellos no motivó la separación. Para tal efecto, la vía procesal del juicio de conocimiento resulta ser la más conveniente para ofrecer a las partes la oportunidad de ejercer sus derechos de acción y contradicción plenamente.

En esa perspectiva, somos partidarios de mantener las pautas actualmente previstas en el Código Civil en materia de repercusiones para el cónyuge culpable de la separación de cuerpos o el divorcio.

III. Comentarios a los proyectos de ley

Teniendo en consideración lo anteriormente expuesto, vamos a formular algunos comentarios respecto a las propuestas legislativas para regular la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio u otras causales, que se vienen ventilando en vuestra Comisión.

1. Proyecto de Ley N° 1716/96.-

El proyecto de ley N° 1716/96, sólo considera el elemento objetivo o material para configurar la separación de hecho, por un plazo no menor de dos años continuos. Sin embargo, la prescindencia del elemento subjetivo, esto es, la falta de voluntad de unirse es relevante por cuanto determinará que se trata de un cese efectivo de la convivencia y permitirá invocar la culpabilidad de la separación de hecho para aplicar al cónyuge responsable las sanciones previstas en la ley, en protección de los derechos del cónyuge inocente.

De otro lado, al remitir a la vía procedimental del proceso sumarísimo la atención de las demandas que invoquen la causal de separación de hecho, perjudica el derecho de la parte demandada de contradecir y defenderse por la brevedad del trámite y, dentro de la concepción que se expone, de alegar la culpabilidad en la separación de hecho.

Finalmente, no se incorporan plazos diferentes para demandar la separación de cuerpos o el divorcio por la misma causal.

2. Proyecto de Ley N° 1729/96

El proyecto de ley N° 1729/96 incurre en la inconveniencia de definir casuísticamente algunas de las situaciones que configurarían la causal de injuria grave, lo cual restringiría este concepto antes que ampliarlo por las interpretaciones que se realizarían al tratar de contrastar la realidad con los supuestos previstos en el aludido proyecto. Actualmente la causal de injuria grave es "omnicomprensiva", pues contempla todo incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, dejando a la interpretación del juzgador la diversidad de casos

que sugiere la indicada causal, lo que resulta más conveniente.

De otro lado, este proyecto sugiere incorporar a la separación de hecho que haya durado dos años continuos como causal para demandar la separación de cuerpos, no pronunciándose sobre su eventual conversión en divorcio. Además, precisa que sólo podrían invocar esta causal quienes únicamente hayan celebrado el matrimonio civil y no tengan hijos menores de 14 años. En esa medida, quienes hayan celebrado además el matrimonio religioso, como por lo general ocurre, y tengan hijos menores de 14 años, se ven impedidos de hacerlo. De este modo, el proyecto estaría trasgrediendo el principio de que debe legislarse en función de la naturaleza de las cosas y no en razón de las personas, es decir, atentando contra la igualdad ante la ley.

3. Proyecto de Ley N° 2107/96

El proyecto de ley N° 2107/96 contiene una equívoca equiparación de la separación de hecho a la separación convencional, causal ésta que importa la manifestación expresa de ambos cónyuges y está referida al proceso sumarísimo por no alegarse los motivos que sustentan la demanda. En ese sentido, no se contempla la excepción a la imposibilidad de alegar el hecho propio, no se permite la posibilidad de alegar la culpabilidad de la separación de hecho en el proceso judicial, ni se establece un plazo diferencial para demandar el divorcio.

4. Proyecto de Ley N° 2552/96

El proyecto de ley N° 2552/96 contempla la causal de separación de hecho únicamente para demandar el divorcio, siempre que haya durado más de cuatro años continuos. Sin embargo, no realiza una calificación adecuada de la misma, al considerar sólo su aspecto objetivo o material.

5. Proyecto de Ley N° 3096/97

El proyecto de ley N° 3096/97 postula la regulación de la separación de hecho como causal para demandar la separación de cuerpos, sin indicar la posibilidad de su conversión en divorcio. De otro lado y en cuanto a la calificación de la causal, sólo considera el elemento material u objetivo de la separación de hecho, que haya durado más de cinco años continuos. Por lo demás, no contiene otras previsiones para una regulación integral y adecuada de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio.

6. Proyecto de Ley N° 3155/97

El proyecto de ley N° 3155/97 contiene una propuesta legislativa que atenta contra el principio de igualdad ante la ley, por cuanto para calificar a la separación de hecho exige como requisitos, por un lado, la falta de procreación de hijos, cuando la suspensión de la cohabitación haya durado más de cinco años, y por otro lado, la convivencia con tercera persona por más de diez años. Con ello, se discrimina a las personas que no se encuentran en tales supuestos. Por ello, resulta inadecuada.

7. Proyecto de Ley N° 3195/97

El proyecto de ley N° 3195/97 configura a la separación de hecho desde el punto de vista objetivo, exigiendo una duración mínima de cinco años, proponiendo además que por la misma causal se pueda demandar tanto

la separación de cuerpos como el divorcio. Sin embargo, no se refiere a la especialidad de la legitimación activa para ejercitar esta pretensión por tal causal, dejando íntegro el principio de la imposibilidad de alegar en la demanda el hecho propio. Tampoco contempla la posibilidad de invocar la culpabilidad de la separación de hecho, con el propósito de resguardar los derechos del cónyuge inocente.

8. Proyecto de Ley N° 3434/97

El proyecto de ley N° 3434/97 postula una contradicción en cuanto a la configuración de la separación de hecho. En efecto, además de requerir que su duración sea por más de dos años continuos, sugiere la posibilidad de que también sean dos años alternados. Entonces, la separación de hecho no siempre es definitiva y permanente, pudiendo admitirse casos de separaciones temporales o eventuales, provocando así una gran incertidumbre jurídica respecto de la naturaleza del vínculo matrimonial. Debe anotarse, además, que el proyecto de ley bajo análisis propone esa contradicción tanto para demandar la separación de cuerpos como para el caso del divorcio.

9. Proyecto de Ley N° 3644/97

Se trata de otro proyecto de ley que contiene una propuesta legislativa que atenta contra el principio de igualdad ante la ley, por cuanto para calificar a la separación de hecho exige como requisitos la conformación de "otros hogares" y la procreación de hijos en ellos. De esta manera, se discrimina a las personas que no se encuentran en tales supuestos. Por ello, resulta inadecuada.

También se refiere el trámite procesal a la vía del proceso sumarísimo y como de competencia de los jueces civiles. Tales cuestiones son inconvenientes: la primera, por la brevedad del plazo sin poder invocar y probar la culpabilidad de la separación de hecho; y, la segunda, por tratarse de materias de competencia exclusiva de los jueces de familia.

10. Proyecto de Ley N° 4662/98

El proyecto de ley N° 4662/98 es una actualización del proyecto de ley N° 1716/96. La actualización está referida a la exposición de motivos del proyecto de ley, incorporando información estadística proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Sin embargo, el texto de la propuesta legislativa se mantiene inalterable, por lo que nos remitimos al análisis realizado con ocasión de tal proyecto.

IV. Propuesta legislativa

De acuerdo a los conceptos anteriormente expuestos y luego de efectuado el análisis a los proyectos de ley que se vienen discutiendo en vuestra Comisión, nos permitimos modestamente formular la siguiente propuesta legislativa:

Proyecto de ley que incorpora a la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio

“El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:



Artículo 1.- Agréguese al artículo 333° del Código Civil el siguiente inciso:

“Artículo 333°.- Son causas de separación de cuerpos:

(...)

12. La interrupción permanente y continua, mayor a tres años, del deber de cohabitación sin voluntad de unirse.”

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 335° del Código Civil de la siguiente manera:

“Artículo 335°.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, salvo cuando la pretensión se sustente en la causal del inciso 12 del artículo 333°.”

Artículo 3.- Agréguese al artículo 349° del Código Civil el siguiente párrafo:

“También puede demandarse el divorcio por la causal señalada en el inciso 12 del artículo 333°, cuando la interrupción del deber de cohabitación sin voluntad de unirse sea mayor a cinco años.”

Artículo 4.- Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por la causal de separación de hecho se tramitan en proceso de conocimiento.

En el proceso respectivo, puede invocarse la culpabilidad. Si alguno de los cónyuges alega y prueba no haber dado motivo a la interrupción del deber de cohabitación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados por ley al cónyuge inocente”.

Pues bien, esperando haber contribuido al alturado debate que se viene produciendo en el seno de vuestra Comisión, agradezco en nombre de la Academia de la Magistratura la deferencia de habernos permitido participar del mismo, ratificando nuestra permanente vocación de colaborar con la función legislativa cuando se nos convoque. Muchas gracias.