

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Civil



La vinculación entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad conforme el artículo 340 del código civil Perú -2021

Tesis presentada por el Bachiller:

Talavera Monrroy, Karen Ursula

ORCID: 0000-0003-2123-7042

para optar el grado académico de Maestro en Derecho Civil

Asesor (a):

Mg. Almenara Sandoval, Jorge Luis

ORCID: 009-0004-8882-2398

Arequipa - Perú

2025

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 18 de Noviembre del 2024

Dictamen: 004409-C-EPG-2024

Visto el borrador del expediente 004409, presentado por:
2020003832 - TALAVERA MONRROY KAREN URSULA

Titulado:

**LA VINCULACIÓN ENTRE LA CAUSA DEL DIVORCIO SANCIÓN Y LA AFECTACIÓN DE LA PATRIA
POTESTAD CONFORME EL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO CIVIL PERÚ -2021**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**29558557 - MONTENEGRO BELTRAN NELLY JESSICA
DICTAMINADOR**



**29224973 - AYBAR ROLDAN CAROLINA
DICTAMINADOR**



**45132863 - TERAN BEJAR CARLOS AUGUSTO
DICTAMINADOR**



La vinculación entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad conforme el artículo 340 del código civil Perú -2021

INFORME DE ORIGINALIDAD

9%

INDICE DE SIMILITUD

10%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

5%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Universidad Católica de Santa María	Trabajo del estudiante	2%
2	hdl.handle.net	Fuente de Internet	2%
3	juristasfraternitas.files.wordpress.com	Fuente de Internet	1%
4	repositorio.ulasalle.edu.pe	Fuente de Internet	1%
5	repositorio.unp.edu.pe	Fuente de Internet	1%
6	qdoc.tips	Fuente de Internet	1%
7	vsip.info	Fuente de Internet	1%
8	repositorio.unsa.edu.pe	Fuente de Internet	1%

DEDICATORIA

A mi padre quien me forjo en la vida como la persona que soy, este logro te lo dedico a ti, a Dios quien es el eje central en mi vida, y a mi hija quien es mi motor y motivo de vida y mi inspiración constante.



RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “La vinculación entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad conforme el artículo 340 del Código Civil. Perú – 2021”, tiene como objetivo general determinar cuál es la vinculación entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad, conforme lo establecido en el artículo 340 del Código Civil, toda vez que, partimos de concebir dos relaciones jurídicas dentro de nuestro ordenamiento, la relación conyugal y la relación patria potestad. La primera de ellas, responde a un nexo entre dos personas (marido y mujer) que deciden formar un matrimonio, el mismo que les será pasible hasta una potencial disolución, es decir, se trataría de una situación entre dos personas y, la segunda, hace mención a una relación que parte de la naturaleza de la filiación, aquí ya no existe una relación de dos, sino de tres (padre, madre e hijo). Por ello, el artículo 340 del Código Civil, dejaría que la patria potestad se suspenda por un motivo que atañe netamente a una pareja, con lo cual, se generaría algunas consecuencias que podría ir en detrimento del menor, al no contar con el cuidado u atención de alguno de sus padres afectando el Interés Superior del Menor. Para la presente investigación, se ha utilizado un enfoque cualitativo, precisamente, porque se dará a colación la aplicación de una entrevista semi-estructurada, la misma que fue realizada a ciertos expertos en la materia Civil – Familia. Finalmente, se ha podido llegar a la conclusión, que el artículo 340 del Código Civil, permitiría que se suspenda el ejercicio de la patria potestad a un progenitor por motivos de divorcio (sanción), sabiendo que esta decisión atañe únicamente a una pareja (relación conyugal), por lo tanto, esta decisión no puede ser inmiscuido en una relación que prima el entendimiento natural como es la filiación y que se desencadena en la patria potestad.

Palabras claves:

Matrimonio, Patria Potestad, Divorcio.

ABSTRACT

The present research work entitled “The link between the cause of divorce sanction and the impact of parental authority in accordance with article 340 of the Civil Code. Peru – 2021”, has the general objective of determining the connection between the cause of divorce sanction and the impact of parental authority, in accordance with the provisions of article 340 of the Civil Code, since we start from conceiving two legal relationships within of our legal system, the marital relationship and the parental authority relationship. The first of them responds to a connection between two people (husband and wife) who decide to form a marriage, which will be possible until a potential dissolution, that is, it would be a situation between two people and, the second, It refers to a relationship that is based on the nature of filiation, here there is no longer a relationship of two, but of three (father, mother and son). For this reason, article 340 of the Civil Code would allow parental authority to be suspended for a reason that clearly concerns a couple, which would generate some consequences that could be detrimental to the minor, by not having the care or attention of one of their parents affecting the Best Interest of the Minor. For this research, a qualitative approach has been used, precisely because the application of a semi-structured interview will be discussed, the same one that was carried out with certain experts in the Civil – Family field. Finally, it has been possible to reach the conclusion that article 340 of the Civil Code would allow the exercise of parental authority by a parent to be suspended for reasons of divorce (sanction), knowing that this decision only concerns a couple (relationship). conjugal), therefore, this decision cannot be interfered with in a relationship that prioritizes natural understanding such as filiation and that is triggered by parental authority.

Key words:

Marriage, Custody, Divorce

ÍNDICE

DEDICATORIA

RESUMEN

ABSTRACT

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Planteamiento del problema.....	3
1.1. Hipótesis.....	3
1.2. Objetivos	3
1.2.1. Objetivo general.....	3
1.2.2. Objetivos específicos	3
CAPITULO I MARCO TEORICO	4
2. Marco Teórico.....	5
2.1. Marco conceptual o bases teóricas.....	5
1) El divorcio sanción y su regulación en el Perú.....	5
2) Matrimonio y su protección constitucional y legal.....	6
3) Naturaleza jurídica del matrimonio	6
4) Deberes y derechos de los cónyuges en el matrimonio	8
5) Divorcio	14
a) Concepto.....	14
b) Naturaleza jurídica del divorcio	15
c) Teorías del divorcio	16
6) Causales del divorcio	20
7) Efectos del divorcio y deberes que cesan entre los cónyuges.....	25
8) Trámite del proceso de divorcio por causal ante el CPC.....	27
9) Comentarios al artículo 340 del Código Civil (basado en la entrega de los hijos al cónyuge inocente y suspensión de la patria a cargo del cónyuge culpable.....	28
10) Patria Potestad.....	29
11) Relaciones jurídicas que emanan de la patria potestad	33
12) Regulación en el Perú.....	35
13) Suspensión de la patria potestad.....	35
14) Privación de la patria potestad	36
15) Principio del Interés Superior del Niño.....	36
CAPITULO II METODOLOGIA	38
3. Marco metodológico	39
3.1. Enfoque	39
3.2. Diseño	40
3.3. Método	40
3.4. Población y muestra	41
3.5. Técnicas e Instrumentos.....	41

CAPITULO III RESULTADOS Y DISCUSION.....	43
4. Resultados y discusión.....	44
4.1. Entrevistas.....	44
4.1.1. Descripción de resultados de entrevistas:.....	50
4.2. Encuestas.....	53
4.2.1. Discusión de resultados.....	58
CONCLUSIONES.....	80
RECOMENDACIONES.....	82
REFERENCIAS.....	83

TABLAS

Tabla 1 Naturaleza jurídica del matrimonio.....	6
Tabla 2 Respecto a los deberes.....	9
Tabla 3 derechos.....	13
Tabla 4 entrevistas.....	44
Tabla 5 Pregunta 1.....	45
Tabla 6 Pregunta 2.....	46
Tabla 7 Pregunta 3.....	47
Tabla 8 Pregunta 4.....	48
Tabla 9 Pregunta 5.....	49
Tabla 10 diferencias que existen entre la relación conyugal y la relación paterno filial.....	66
Tabla 11 Causales.....	76

GRÁFICOS

GRAFICO 1 primera encuesta.....	54
GRAFICO 2 segunda encuesta.....	55
GRAFICO 3 tercera encuesta.....	56
GRAFICO 4 la cuarta encuesta.....	57
GRAFICO 5 quinta encuesta.....	58
GRAFICO 6.....	75

INTRODUCCIÓN

Se sabe que el cuidado de los hijos tanto físico como psíquico, su protección y socialización implica prepararlos para su vida adulta y éste pareciera ser el objetivo y la razón de ser de la familia misma. El divorcio rompe esta estructura, al quedar los hijos con uno de los progenitores, en general cuando se rompe este equilibrio, que facilita la humanización y socialización del niño, se corre el riesgo de que aquellos procesos no se cumplan acabadamente. Asimismo, otro aspecto de la problemática del divorcio y su influencia en los niños, se da en el hecho de la permanencia de los hijos en el hogar conyugal, precisamente, porque este debe permanecer bajo el cuidado de un progenitor que sería el mejor colocado dentro de esta relación.

Ahora bien, dentro de un divorcio (sanción), se enfoca mucho la presencia de dos partes, del cónyuge inocente y conyugue culpable, este último obtiene esta condición, precisamente, por haber incumplido los deberes maritales que establece la normativa civil. Aunado a ello, la norma también señala que un cónyuge culpable tendrá determinadas consecuencias jurídicas, siendo una de ellas, que quede suspendido de seguir ejerciendo la patria potestad en favor de su menor hijo(s), ello en merito a lo dicho por el artículo 340 del Código Civil. Por lo tanto, he aquí que surge nuestra problemática e incertidumbre, el cual, busca saber si el motivo de un divorcio (sanción) implicaría que el progenitor – cónyuge (culpable) quede suspendido de la patria potestad, sabiendo y concibiendo que un divorcio implica una acción que solo afectaría la relación conyugal o marital de una pareja.

Aunado a esto último, surge también la relación patria potestad, esta figura debe ser entendida para empezar, como un desmembramiento de relación paterno filial, una relación que nace casi naturalmente al momento que una persona tenga su hijo. Ante ello, la patria potestad permite que el padre o madre dentro de un matrimonio, pueda ejercer su autoridad y control para con su menor hijo. Ello debido a que este último, no puede ostentar una situación de liberalidad o autonomía, puesto que, aun no podría desenvolverse de manera independiente o, mejor dicho, “no valerse por sí mismo”. Es por ello que surge la figura de la patria potestad.

Entonces, observamos que se identifica dos relaciones claramente definidas, por un lado, la relación conyugal, que deviene de un matrimonio y que podría ser disuelta a través de un divorcio y, por otro lado, la relación patria potestad, la misma que se da por el cuidado y protección que realiza un padre o madre para con su hijo dentro del matrimonio. Por lo

tanto, al ser dos relaciones totalmente distintas, no cabría razón de sustentar que el divorcio sanción permitiría suspender la patria potestad de dicho cónyuge culpable. Justamente, porque el divorcio nace o se acciona por conductas u omisiones que atañen únicamente a los cónyuges, es más, si nos enfocamos en los supuestos de divorcio que señala el Código Civil, hace mención a supuestos que incumben a los esposos, ello no tendría nada que ver con el cuidado que tendrían para con sus menores hijos. Es así que, en el presente trabajo de investigación, se dará entendimiento a cómo es que en verdad debería ser tratado la figura de la suspensión y en qué casos debería ser accionada, no olvidando el desarrollo que implica un divorcio en todo este escenario.

Ante esto último dicho, este trabajo estará dividido por cuatro capítulos, el primero de ellos estará enfocado al Divorcio Sanción y su Regulación en el Perú, con el fin de poder entender como es el tratamiento de este tipo de divorcio y cuáles serían sus implicancias o consecuencias. Asimismo, como segundo capítulo, se desarrollará la Patria Potestad, precisamente, para concebir cuál es su naturaleza y finalidad propiamente dicha. Seguidamente, como tercer capítulo, ahondaremos en la Metodología de Investigación que ha seguido nuestro trabajo, haciendo la salvedad que este sigue un enfoque cualitativo, toda vez que, se desarrollará una entrevista semi estructurada, sin embargo, con las respuestas que nos brindaran nuestros expertos, se procederá a desarrollar una suerte de encuesta, por lo que la presente tesis busca obtener un enfoque cualitativo y cuantitativo. Como cuarto capítulo, tendremos a bien realizar el Análisis y Presentación de Resultados, en ella se desarrollará todos los instrumentos que se ha recolectado, incluyendo nuestra Discusión de Resultados. Cerrando con las conclusiones y recomendaciones debidas.

1. Planteamiento del problema

1.1. Hipótesis

Dado que:

Dado que la patria potestad es una institución del derecho de familia que únicamente incide en la relación paterno filial.

Es probable que:

No pueda condicionarse la suspensión de la patria potestad a causas derivadas del divorcio sanción como actualmente está regulado en el artículo 340 del Código Civil, pues vulnera la relación paterno filial de los hijos procreados en el matrimonio.

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo general

Determinar cuál es la vinculación entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad, conforme lo establecido en el artículo 340 del Código Civil.

1.2.2. Objetivos específicos

- Analizar cuáles son los efectos jurídicos que acarrea un divorcio sanción respecto a los cónyuges y respecto a los hijos
- Establecer cuál es la naturaleza jurídica e importancia de la patria potestad para la relación paterno filial
- Verificar si es que existen diferencias entre la relación entre cónyuges y la relación paterno filial, dentro de nuestro ordenamiento jurídico
- Establecer si es correcto considerar la patria potestad como un efecto jurídico más del divorcio sanción
- Analizar cuáles son los alcances jurisprudenciales sobre el divorcio y patria potestad que brinda actualmente la Corte Suprema de Justicia de la República



CAPITULO I MARCO TEORICO

2. Marco Teórico

2.1. Marco conceptual o bases teóricas

1) El divorcio sanción y su regulación en el Perú

En un principio se consideraba familia a un grupo de personas que vivían bajo un mismo techo y estaban sometidas a la dirección de una persona que asumió el rol de jefe de familia. Esta concepción hoy en día ha variado y viene a ser una institución de ámbito natural, social y jurídico. Todos los cambios respecto al concepto o la idea de familia se dieron básicamente por el desarrollo y los cambios de la sociedad que generaron que no existiera un solo tipo de familia.

“La familia es definida como aquel grupo de personas unidas por el matrimonio o vinculadas jurídicamente por la unión de hecho, entre las cuales existen derechos y obligaciones sancionados por el código civil” (García, 2013, p.566).

La forma en que García (2013) define a la familia es válida hasta cierto punto, ya que hoy en día podemos apreciar distintos tipos de familia que no solo surgen del vínculo matrimonial o la unión de hecho dado que pueden estar compuestos por un vínculo diferente a estos.

Cuando hablamos de familia debemos destacar que existe un grado de parentesco entre las personas que conforman determinada familia. Este parentesco puede ser por consanguinidad o afinidad y, en base al artículo 4 de la constitución política del Perú, podemos entender que la familia tiene una protección de ámbito constitucional por parte del Estado y la sociedad, reconociéndola como un instituto natural y fundamental para nuestra sociedad orientada al cumplimiento de una principal y determinada función como es la generación de nuevas personas. Por eso el estado promueve la familia y el matrimonio por el rol fundamental que desempeñan en la sociedad.

Para Plácido (2013) la familia, entendida desde una protección de ámbito constitucional, no solo implica la simple convivencia estable que surge del afecto y compromiso mutuo de las partes, evidentemente para el surgimiento de un matrimonio y una unión de hecho, como instituciones generadoras de la familia, son esenciales; pero no son lo único que se debe considerar en relación a la protección constitucional que tiene dado que la adecuada promoción y fomento de la familia por parte del Estado es por el rol que cumple dicha institución, considerada célula básica de la sociedad. De la principal función procreadora de la familia derivan efectos jurídicos como son los deberes y derechos entre los integrantes de la familia.

2) Matrimonio y su protección constitucional y legal

Al igual que la familia, el matrimonio tiene protección constitucional por considerarse fundamental para la sociedad, ya que es la fuente primordial de la familia, mas no la única. Dicha promoción conlleva la aplicación de medidas y políticas que permitan llevar a cabo el rol promotor y protector del Estado. El Código Civil en el art. 234 señala al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, que debe ser voluntaria. Al ser reconocida constitucionalmente como una institución genera efectos como los derechos y deberes propios de la sociedad conyugal. Para que pueda surgir el matrimonio se exige la manifestación de voluntad de las partes involucradas quienes tienen la finalidad de hacer vida en común.

Según García (2013), el matrimonio no tiene autonomía propia de un derecho constitucional específico, pero está comprendido y protegido en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que todas las personas tienen el derecho a casarse cuando ellos vean conveniente si cumplen con los requisitos de esta institución, que exigen que la unión sea entre mujer y hombre. Las partes que deciden ser cónyuges al contraer matrimonio deben tener en cuenta que el matrimonio implica monogamia, vida en común, igualdad, entre otras características propias del matrimonio

3) Naturaleza jurídica del matrimonio

En principio la naturaleza jurídica es el aspecto primordial, la esencia que tiene una institución del derecho. Aquí veremos la esencia misma del matrimonio dentro del ámbito jurídico. Existen diferentes posturas planteadas respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio y desarrollaremos las 3 teorías más aceptadas:

Tabla 1 Naturaleza jurídica del matrimonio

<p>Tesis contractualista</p>	<p>Bajo esta tesis el matrimonio es considerado como un contrato de la manifestación voluntaria del acto constitutivo del matrimonio. Se da el cumplimiento de todos los elementos esenciales de un contrato generando un vínculo entre las partes involucradas. “La celebración del matrimonio no puede escapar de la formalidad; la cual es la unión de un hombre y de una mujer; concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales” (Diez Picaso, 1983, p.171).</p>
-------------------------------------	--

	<p>Estos elementos o requisitos revisten de una formalidad al matrimonio que junto con la concurrencia y manifestación de la voluntad generan la concepción del matrimonio bajo un contrato.</p> <p>Rodríguez (1998) señala que la doctrina italiana tiene la concepción del matrimonio contrato, pero un tipo de contrato de derecho familiar y no de carácter patrimonial; ello debido a la regulación, características, elementos y condiciones particulares que tiene el matrimonio, los cuales no son como los de cualquier otro tipo de contrato.</p>
<p>Tesis institucionalista</p>	<p>Esta tesis postula la idea de que la esencia misma del matrimonio y la naturaleza es netamente institucional.</p> <p>Bonnecase citado por Aguilar considera que “el matrimonio era una institución jurídica con reglas de derecho fundamentalmente imperativas y de la que deriva una situación jurídica compleja” (Aguilar, 2008, p.35).</p> <p>Desde el punto de vista de esta teoría, el matrimonio es una institución que persiguen las partes interesadas (cónyuges) para tener una vida en común y constituir una familia y no puede considerarse un simple contrato porque implica la unión de dos personas más allá del compromiso patrimonial que conlleva. Aunque requiere del consentimiento de las partes y están obligados a cumplir los requisitos legales establecidos, el matrimonio es una institución natural y social creada por el Estado para proteger a la familia.</p> <p>Por otro lado, en el matrimonio “se caracteriza la institución por su individualidad objetiva distinta de los elementos que la componen, pues tiene una personalidad propia, mientras que en el contrato cada parte conserva su poder e independencia.” (Ríos, 1998, p.153-160). El hecho de que la formalización del matrimonio genera una propia personalidad jurídica lo hace distinto a cualquier contrato y ello no quiere decir que los cónyuges pierdan su propia personalidad jurídica individual, sino que surge una nueva personalidad jurídica propia del vínculo matrimonial.</p>

<p>Tesis Mixta</p>	<p>Esta tesis busca postular la naturaleza jurídica del matrimonio como contrato-institución.</p> <p>Rodríguez Iturri (1998) señala que Rouast en Francia fue quien por primera vez intentó conciliar ambas tesis o posturas sobre la naturaleza del matrimonio y para ello fundamentó lo siguiente: a) <u>considera al matrimonio bajo la tesis contractualista</u> debido a que fundamenta técnicamente la manifestación consensuada de las partes para la contratación válida de las nupcias; y b) <u>bajo la tesis institucionalista</u> por considerar al matrimonio como un estado jurídico que genera situaciones más complejas que las de un contrato común.</p> <p>Bajo esta tesis entendemos al matrimonio como una institución y como un contrato a la vez dado que por las características, exigencias y formas de materialización donde se ven involucradas ambas posturas o tesis sobre su naturaleza jurídica, específicamente se requiere de la celebración del contrato con firmas y declaración de voluntades para la concreción del acto en sí, por lo que podemos entender al matrimonio como un contrato, pero los efectos que este genera con su celebración, específicamente el surgimiento del núcleo familiar y todos los elementos que ello implica, hacen que el matrimonio sea considerado como una institución.</p>
---------------------------	--

Fuente: Elaboración propia

4) Deberes y derechos de los cónyuges en el matrimonio

Como ya se señaló antes la celebración del matrimonio genera consecuencias entre los cónyuges y las consecuencias comprenden los deberes y derechos que estos asumen de manera recíproca; unos de aspecto patrimonial por el contenido y la proyección económica que conlleva y otros de aspecto personal vinculados a la vida en común de los cónyuges. Los deberes y derechos se generan entre ellos y hacia sus descendientes y con terceros. Respecto a estos últimos “se debe tener en cuenta que no se da precisamente con la sociedad conyugal, ya que

esta no constituye una persona jurídica sino la vinculación es directamente con los cónyuges” (Peralta, 2002, p.235).

a) Deberes

Tabla 2 Respecto a los deberes

<p>Fidelidad</p>	<p>En el Perú, la fidelidad se encuentra regulada en el art. 288 del Código Civil señalando que los cónyuges se deben de manera recíproca la fidelidad. Debe cumplirse hasta la disolución definitiva del matrimonio y su incumplimiento habilita al otro cónyuge a optar por el divorcio o la separación de cuerpos por causal de adulterio.</p> <p>Al hablar de fidelidad nos referimos a un deber de carácter moral por la implicancia de este, pero que está dotado de aspectos de juridicidad. Debe entenderse como respeto a la otra persona como único compañero de vida con quien se contrajo matrimonio para tener una vida en común; por ello, la necesidad de fidelidad en diferentes aspectos, y no solo en el plano íntimo, que debe ser exclusivo y excluyente, además de fidelidad en aspectos como el económico, el social y la ayuda mutua, pues el hecho de que los intereses de las partes concuerden mediante el empleo de este deber hace que tenga un buen camino y el matrimonio pueda prosperar. Según Bossert y Zannoni, citado por Peralta (2002) la fidelidad es un concepto muy amplio que desde una perspectiva social incluye el deber mutuo de cada cónyuge de mantener una conducta inequívoca y abstinerse de cualquier relación que cree una apariencia lesiva para la dignidad del otro, esto conlleva a que ambas partes, con base en el principio de igualdad y al sistema monogámico que rige el matrimonio en el Perú, deben abstenerse de mantener actos afectivos y relaciones sexuales con otra persona que no sea su cónyuge.</p> <p>El incumplimiento de este deber mediante la consumación del acto de adulterio en sus inicios “era mucho más grave si era realizado por parte de la mujer ya que ella podía concebir y bajo esa circunstancia se generaría una situación de confusión respecto a la filiación del hijo” (Aguilar, 2008, p.122).</p> <p>Efectivamente al darse la comisión de adulterio por parte de la esposa se generan inconvenientes sobre la presunción de paternidad, pero más allá</p>
-------------------------	---

	<p>de esta situación, el adulterio es igual de grave tanto para la mujer como para el hombre, ya que ambos tienen el derecho a la igualdad ante la ley y no pueden ser discriminados por razones de sexo, raza, idioma, religión o cualquier otro aspecto amparado en el art. 22 de la Constitución política del Perú.</p>
<p>Cohabitación</p>	<p>Este deber que exige que los cónyuges tengan una vida en común y vivan bajo el mismo techo, se encuentra regulado en el art. 289 del Código Civil el cual establece que debe cumplirse de manera recíproca y permanente mientras exista el vínculo del matrimonio; pero, existen excepciones en caso de que el cumplimiento afecte gravemente la vida, salud, el honor del otro cónyuge o situaciones externas de ámbito laboral, territorial, entre otros. De ser el caso de incumplimiento, un Juez puede tomar la decisión de suspender este deber.</p> <p>“En la práctica el consorte que se niega a contar con su pareja no puede ser compelido por ninguna autoridad a hacerlo” (Peralta, 2002, p. 230).</p> <p>El hecho de que alguna autoridad imponga el cumplimiento de este deber propio del matrimonio implicaría la vulneración y afectación de otros derechos fundamentales del cónyuge que quiere abstenerse a compartir el mismo lugar de vivienda para consumir la cohabitación. Esta situación faculta al otro consorte o cónyuge a solicitar el divorcio, ya que configura una causal suficiente por tratarse de una injuria grave básicamente porque uno de los propósitos del matrimonio es tener una vida en común, compartir un mismo lugar de vivienda lo que permite y facilita el cumplimiento de otros deberes y derechos y sobre todo la finalidad del matrimonio que se centra en la formación de la familia y la procreación.</p> <p>Siguiendo la misma idea de lo señalado respecto al cumplimiento de este deber, Llanos (2008) señala que todos los deberes que surgen del matrimonio se caracterizan por ser <i>sui generis</i> por lo que pueden ser exigidos de manera compulsiva, por lo contrario su cumplimiento debería darse dentro de la armonía conyugal que requiere el matrimonio, pues de no ser así se estaría produciendo</p>

	<p>un distanciamiento entre ambos cónyuges y, con base en ello, es que el cónyuge afectado puede invocar el divorcio siempre que la actitud de no querer cumplir con este deber por parte del otro cónyuge resulta incompatible con lo requerido por el matrimonio.</p>
<p>Asistencia</p>	<p>“La asistencia —lato sensu— no comprende solo la prestación de recursos económicos, dinerarios o en especies, sino la mutua ayuda, solidaria efectiva y cuidados recíprocos” (Peralta, 2002, p. 228).</p> <p>Este deber está regulado en el art. 288 del Código Civil, que señala que los cónyuges deben asistencia recíprocamente, es decir, les exige una ayuda mutua entre ambos. Dicha ayuda no solo implica el aspecto material, sino comprende también la ayuda de aspecto moral, emocional, afectivo, espiritual o de cualquier otro tipo que requieran los cónyuges.</p> <p>En palabras de García (1879) la asistencia es definida como el favor, auxilio o cuidado que se presta a alguna persona especial, cuando está enferma o se halla en estado avanzado.</p> <p>Por eso podemos decir que el matrimonio no es una unión sexual o contractual, ya que implica acciones desinteresadas fundadas en el amor que se tienen las partes involucradas y su cumplimiento ante dificultades o situaciones críticas que contribuyen con la permanencia del vínculo matrimonial.</p> <p>La asistencia se encuentra muy vinculada con la obligación alimentaria, por lo que su incumplimiento y las actitudes de poco interés, cuidado y apoyo pueden llegar a generar también el incumplimiento de esta otra obligación, la cual debe darse entre los cónyuges y de ellos a los hijos como una obligación de aspecto moral y económico</p>

<p>Finalidad</p>	<p>Una de las finalidades del matrimonio es la procreación es por ello que, a la llegada de los hijos, personas vulnerables e incapaces de su propio sustento “deben ser socorridos por sus padres quienes resultan ser las primeras personas que se ven obligados frente a ellos” (Llanos: 2008, p. 127).</p> <p>La obligación tiene una protección constitucional regulada en el art. 6, que promueve una paternidad y maternidad responsables que cumplen los deberes y derechos de los padres ante sus hijos que les permitan un adecuado desarrollo personal. Los padres asumen esta responsabilidad mediante un rol compartido y va a depender de ellos la forma en cómo deciden cumplir con todas sus obligaciones y los derechos de los hijos, significa también que ambos se encuentren involucrados en todos los aspectos que conciernen a los hijos</p>
-------------------------	--

Fuente: Elaboración propia

b) Derechos:

i) Derechos recíprocos de ambos cónyuges

Los inicios de la regulación y legislación en esta materia fueron discriminatorios con respecto a la mujer, pero se superaron con los años y la evolución de toda regulación jurídica.

Aguilar (2008) señala que, en un comienzo, se presentó la existencia de la potestad marital, la cual habilitaba al marido a asumir un rol protagonista dentro del matrimonio y así él de manera autónoma podía tomar decisiones sobre la administración de los bienes, la representación de la sociedad conyugal, ver temas de patria potestad y demás situaciones propias del matrimonio, mientras que la mujer se encontraba sometida a él y debía encargarse del cuidado de la casa y los hijos.

Esta situación ha cambiado hoy y por eso ambos tienen igualdad en sus derechos y deberes derivados del vínculo matrimonial regulados en el art. 234 del Código Civil. El artículo señala que el marido y la mujer asumen sus roles dentro del hogar con igualdad en sus derechos, deberes y responsabilidades. Es por ello que hoy podemos hablar de los derechos y deberes de común acuerdo entre los cónyuges.

Tabla 3 derechos

<p>Dirección y gobierno del hogar conyugal</p>	<p>Los cónyuges pueden participar de la dirección y el gobierno del hogar según sus posibilidades, regulado por el art. 290 del Código Civil vigente bajo la premisa de igualdad en el hogar; pero uno de los cónyuges podrá asumir esta obligación si el otro está impedido por interdicción u otra causa, si se desconoce el paradero del otro o este está en lugar remoto o si ha abandonado el hogar</p>
<p>Fijación y cambio del domicilio conyugal</p>	<p>Cuando hablamos del domicilio conyugal nos referimos a “la morada fija y permanente que ambos cónyuges habitan durante el matrimonio para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos” (Peralta, 2002, p.231). Para establecer el domicilio conyugal o realizar cualquier cambio sobre este se requerirá el consentimiento de ambas partes, esto es, determinarán el domicilio de manera previa y consensuada, caso contrario</p>
<p>Representación de la sociedad conyugal</p>	<p>La representación de la sociedad conyugal se encuentra regulada en el artículo 292 del Código Civil que señala que esta labor deberá ser cumplida de manera conjunta y unilateral (siempre y cuando uno de ellos otorgue el poder al otro para que pueda ejercer dicha representación y celebrar actos jurídicos procurando la tutela de los intereses del otro cónyuge), dicha representación deberá ser ejercida de manera responsable sin incurrir en un abuso de esta facultad caso contrario podrán ser limitados por un juez.</p> <p>La representación debe tener algunas consideraciones dependiendo del régimen patrimonial que tenga el vínculo matrimonial. Peralta señala que si los cónyuges optaron por la sociedad de gananciales la representación legal es conjunta en cuanto a la administración del patrimonio salvo para la disposición sobre bienes muebles que podrán ser efectuadas por cualquiera de los cónyuges; en el caso que hayan elegido el régimen de la separación de patrimonios nadie impide que la representación pueda ser otorgada entre ellos o a un tercero.</p>

	<p>Para las necesidades ordinarias del hogar y actos administrativos de conservación, cualquiera de los dos cónyuges representa a las sociedades, para evitar complicaciones en el tráfico comercial indispensable para la tensión de necesidades básicas domésticas.</p>
<p>Decisiones sobre la economía doméstica y Sostenimiento del hogar conyugal</p>	<p>Estos dos derechos se encuentran muy involucrados debido al aspecto económico que involucra su materialización.</p> <p>En el art. 290 del Código Civil se señala que ambos cónyuges se encargaran de todas las decisiones que involucren la economía del hogar.</p> <p>Este artículo “otorga a ambos consortes el poder de decisiones en las cuestiones de índole material, necesarias para el bienestar familiar” (Placido, 2002, p.128), ello en base a que ambos asumen este rol de manera compartida.</p>
<p>Ejercicio de las actividades económicas o profesionales de los cónyuges</p>	<p>Este aspecto se centra en el principio de igualdad, ya que antes de la regulación vigente no se permitía a la mujer desarrollar profesional ni realizar actividades comerciales. Encontramos su amparo legal en el art. 293 que señala la libertad de trabajo de los cónyuges, por lo que cada cónyuge es libre de ejercer cualquier profesión, industria o trabajo dentro de los parámetros de la legalidad, y para ello se requiere el asentimiento expreso o tácito del otro. Ante la negativa el juez puede autorizarlo en pro del interés de la familia, “ya que se reconoce este derecho en la medida que el ejercicio no perjudique el interés de la familia” (Placido, 2002, p.128).</p>

Fuente: Elaboración propia

5) Divorcio

a) *Concepto*

“La palabra divorcio etimológicamente proviene del término latin divortium que a su vez proviene del término divertere, que significa separarse” (Peralta, 2002, p. 305), lo que puede entenderse como la actitud de los cónyuges de optar por tomar caminos distintos luego

de haber compartido sus vidas por un tiempo juntos. Esta figura surge como una respuesta a las dificultades o inconvenientes que puedan presentarse en el matrimonio. Su creación se debe gracias al derecho el cual va a regular los diferentes aspectos que involucra el divorcio.

El divorcio, bajo la definición de los hermanos Mazeaud(1959), es considerado como “la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos.” (p.369), lo que significa que el divorcio será la figura mediante la cual se pone un final definitivo al vínculo matrimonial y junto con él se extinguen los efectos propios del matrimonio, pero esto no se da de manera absoluta, ya que ambos asumen responsabilidades que no pueden ser disueltas con el divorcio: cuando es invocado por una de las partes este debe fundamentarse en cualquiera de las causales establecidas legalmente, por cuanto el divorcio no puede ser solicitado por simple decisión unilateral, a diferencia de cuando el divorcio se invoca de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, dado que, en esta segunda situación, más allá de existir una causal establecida puede llegar a fundamentarse en la simple voluntad de ambos cónyuges de querer disolver el vínculo matrimonial.

Teniendo en cuenta la noción del divorcio desarrollada debemos indicar que el divorcio podrá ser aplicado solo en matrimonios donde el vínculo existente sea válido, ya que, de no darse ante un matrimonio válido, no podríamos hablar de un divorcio propiamente dicho.

El divorcio “para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente previo proceso iniciado por uno de los cónyuges” (Castillo y Torres, 2013, p. 14). Desde que se consuma el divorcio y se declara la válida extinción del vínculo matrimonial, como parte de los efectos propios, ambos cónyuges pueden contraer un nuevo vínculo matrimonial —nuevas nupcias—, ya que no existe precepto legal que se los impida.

b) Naturaleza jurídica del divorcio

En cuanto a la naturaleza jurídica del divorcio, diferentes doctrinarios elaboraron concesiones que buscan dotar de esencialidad a la concepción del divorcio, pero en las más acogidas tenemos dos posturas: una centrada en la creencia firme de la indisolubilidad del matrimonio y otra que postula su solubilidad.

- Tesis antidivorcista: El matrimonio es una figura indisoluble que cierra todas las posibilidades al divorcio por su carácter sacramental; esta postura o tesis se llama contractual canónica. Aguilar señala que “la sola presencia del divorcio estimula la celebración implementada de muchos matrimonios, cuyos contrayentes al casarse lo harían sabiendo que a la primera dificultad recurrirán al fácil expediente de la ruptura del vínculo” (Aguilar, 2008, p.222). Bajo la línea de esta tesis, Aguilar concibe al matrimonio como un contrato, pero no como un contrato cualquiera, ya que busca rescatar el acto jurídico del matrimonio y la negativa de asumir al divorcio como un acto normal, pues ello se fundamenta en la libre y plena manifestación de la voluntad de los cónyuges al momento de contraer matrimonio. Evidentemente esta tesis deja de lado la posibilidad de que los cónyuges puedan rescindir del vínculo matrimonial, en consecuencia, vulneraría la autonomía privada de los cónyuges, al no tener la libertad de poder separarse ante un fracaso matrimonial. La tesis antidivorcista defiende el matrimonio, el cual más allá de ser una institución sacramental, desde el punto de vista canónico, es un contrato civil por lo que puede someterse a una disolución.
- Tesis divorcista: Esta tesis defiende la importancia de la figura del divorcio, ya que se considera la herramienta jurídica que pretende solucionar los problemas que surgen dentro del matrimonio y, sobre todo, buscarles un fin con la disolución del vínculo matrimonial, por lo que el divorcio resulta de gran interés a la sociedad. “Muchos autores consideran al divorcio como un mal necesario” (Peralta, 2002, p. 307), mal necesario debido a las soluciones que brindan a los problemas propios de la celebración de un matrimonio, por lo que desde alguna perspectiva resulta ser de gran interés para la sociedad; mientras que muchos otros con opinión contraria a esta tesis señalan que el divorcio atenta contra la estabilidad de la familia y en consecuencia contra la sociedad.

c) Teorías del divorcio

Al hablar de las teorías, explicamos el origen del divorcio que puede variar según las diferentes circunstancias o situaciones por las que surge como respuesta a los conflictos o dificultades propios del matrimonio que hacen que ya no pueda continuar existiendo tanto en lo jurídico como en lo social.

Bajo la legislación peruana y la regulación de nuestro código civil sobre el divorcio desarrollaremos dos teorías: una, denominada divorcio remedio y, otra, divorcio sanción.

i) Divorcio remedio

“Esta modalidad de divorcio busca enfrentar una situación conflictiva ya existente, en la que se incumplen los deberes conyugales” (Aguilar, 2008, p. 223).

Al mencionar una situación conflictiva ya existente podemos entender que el divorcio remedio surge ante una situación que atraviesa el matrimonio que resulta ser insostenible, por lo que ambos cónyuges recurren a la figura del divorcio. El divorcio remedio “es aquel en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos” (Espinoza, 2015, p.67), por lo tanto resulta algo irrelevante si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, ya que bajo esta modalidad de divorcio no resulta importante buscar un culpable o un responsable de dicha situación generadora del divorcio centrándose más en la razón generadora en sí misma, la cual resulta tener un grado de dificultad grande que imposibilita la continuación de la vida en común de los cónyuges, ya que se ha roto la esencia misma del matrimonio.

ii) Divorcio sanción

La presente teoría de divorcio está contrapuesta al divorcio remedio, ya que bajo esta modalidad se exige básicamente la concurrencia de dos aspectos que podríamos considerar como requisitos. Primero que la acción de los cónyuges o uno de ellos se subsuma en alguna causal establecida por ley; y segundo, con base en dicha causal, que se establezca cuál de los dos cónyuges es culpable y responsable de que ocurra el divorcio.

En palabras de Aguilar “según esta concepción se entiende que la ruptura matrimonial se da solo por causales específicamente enumeradas por la ley.” (Aguilar, 2008, p.223), a diferencia del divorcio remedio aquí uno de los dos cónyuges, o puede darse que los dos tienen que realizar alguna de las causales establecidas en el código. Ante ello surge el divorcio como una sanción que se impone contra el cónyuge culpable, por ser el causante de dicha situación, la cual no se dio de común acuerdo con el otro cónyuge o bajo su consentimiento, por lo que este cónyuge asume el rol de perjudicado o víctima. Debemos señalar que las causales establecidas para invocar este divorcio se centran en la falta grave a los deberes conyugales.

Tras desarrollar la noción sobre el divorcio sanción buscamos analizar la otra cara de la solicitud o invocación de este divorcio, hablamos de la situación en la que el cónyuge considerado víctima no solicita el divorcio. Ante esto Cantuarias señala que “siendo hechos

graves los que lesionaron el matrimonio, si el cónyuge inocente los perdonara, conociera de ellos o dejará pasar el término de caducidad o prescripción, la demanda no resultará amparada” (Cantuarias,1991, p. 68), lo que significa que si la persona afectada no invoca el divorcio por alguna causal establecida legalmente es imposible que este pueda surgir, ya que no puede ser de oficio por parte de algún juez.

La concepción del divorcio bajo esta teoría de sanción no se está acogiendo óptimamente por algunas consecuencias de su consumación. Debemos saber que implica un carácter punitivo el cual se establece al cónyuge culpable, por lo que junto con la declaración del divorcio expedida por el juez se establecen sanciones como la suspensión del ejercicio de la patria potestad, la pérdida o restricción del derecho alimentario, aspectos vinculados al tema de herencia, entre otros. Al respecto Velasco(1986) piensa "que la familia y el matrimonio son piezas fundamentales en la organización social como para continuar creyendo que la disolución matrimonial es un medio de castigar a uno de los cónyuges" (p. 260), y eso porque al darse la disolución pone en peligro o afecta derechos que surgen de instituciones o figuras legales como la familia, el matrimonio y la relación paterno filial; sobre todo, que es una situación legal que pudo originarse dentro del matrimonio, pero no significa que se encuentren dentro de las consecuencias de la relación de sus hijos.

Para poder invocar un divorcio sanción se tiene que establecer la existencia del cónyuge culpable y cónyuge inocente, las causales y la culpa. Nuestro código civil en los artículos 333,

335, 340, 343, 350, 351, 352 y 354 hace referencia sobre estos términos, como un elemento propio del divorcio sanción, señalando sus implicancias jurídicas y su regulación, las cuales procederemos a desarrollar:

(1) Cónyuge inocente

El cónyuge afectado invocará el divorcio según la causal ocurrida porque considera que la falta cometida contra los deberes que se debían de manera mutua como cónyuges se han faltado de manera grave y eso ha ocasionado el quebrantamiento de las razones generadoras del vínculo matrimonial. Con base en nuestro sistema legal, el cónyuge afectado por la situación ocasionada por el otro es quien debe ser indemnizado, pero ¿en qué casos corresponde dicha indemnización? Según la Casación N° 1656-2016-Moquegua la figura de la indemnización, regulada en el art. 345-A del Código Civil, tiene la finalidad de proveer una

adecuada situación económica al cónyuge inocente en caso lo requiera. Solo se otorgará una indemnización en los casos que el cónyuge inocente compruebe que con la disolución del vínculo matrimonial por culpa del otro cónyuge su estabilidad económica corre riesgo más allá del mismo divorcio en sí.

(2) Cónyuge culpable

En la Casación N° 836-96 se habla sobre el cónyuge culpable para definirlo de la siguiente manera: “cónyuge culpable o cónyuge divorciado por su culpa es aquel que, con su conducta en forma deliberada, motivada o no, incurre en una de las causales previstas en la ley sustantiva que da lugar a la declaración judicial del divorcio” (Casación N°836-96, 1996). En pocas palabras es el cónyuge que causa la disolución del vínculo matrimonial, el responsable del divorcio, y será el cónyuge al que se le impongan las sanciones mediante la limitación de algunos de sus derechos, los cuales desarrollaremos más adelante. Es cierto que el cónyuge culpable es el causante por ser quien ha cometido la comisión de alguna causal establecida y, con base en ello el cónyuge inocente o perjudicado podrá solicitar el divorcio, pero en la Casación N° 1025-93-Lima se indica que el divorcio sanción puede ser invocado por cualquiera de los dos cónyuges y no solo por el afectado. En ese sentido, señala que “si bien el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio tratándose de separación por causal específica, también es cierto que la norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido” (Casación N°1025-93, 1993), de no otorgarle la misma facultad al cónyuge culpable se estaría vulnerando la situación de igual que ambos tienen y se estaría cometiendo una omisión abusiva de dicha facultad o derecho.

(a) Consecuencias para el cónyuge culpable

Al ser solicitada la disolución del matrimonio mediante el divorcio sanción se procede a imponer algunas restricciones sobre el cónyuge culpable.

Con relación al daño moral, si el cónyuge inocente ha resultado gravemente afectado el juez le concederá una suma de dinero con la finalidad de resarcir dicho daño; la indemnización puede darse a favor del cónyuge y los hijos, ya que también se verán afectados por la acción cometida por uno de sus padres. Respecto a la obligación alimentaria de los excónyuges se dará a favor del cónyuge inocente en caso de que este carezca de bienes propios o los bienes de la sociedad de gananciales no le permitan su estabilidad económica, o peor aún, se

encuentra imposibilitado de trabajar y no pueda generar su propio sustento económico. El cónyuge culpable está obligado a otorgarle una pensión alimentaria establecida por el juez. Sobre los gananciales, el cónyuge culpable perderá este derecho sobre todos los bienes que procedan del otro cónyuge desde el momento en que inicia el matrimonio. De todas las consecuencias generadas sobre el cónyuge culpable la más importante y la más grave, desde el punto de vista del enfoque del presente trabajo de investigación, es generada al ejercicio de la patria potestad, ya que los hijos serán confiados al cónyuge inocente salvo que el juez los asigne al cónyuge culpable o a una tercera persona. Hablamos de una consecuencia grave porque se ve limitada la relación del hijo con su padre y porque es una figura jurídica distinta a la del matrimonio y el divorcio.

6) Causales del divorcio

Son trece las causales establecidas por el Código Civil y se encuentran reguladas en el art. 333, estas causales tienen un carácter sancionador y sobre esto se hace referencia en la Casación N°

719-97-Lima donde también le dan el nombre de sistema sancionador. Este sistema busca imputar al cónyuge culpable la causa de la separación, siendo esta una razón suficiente para la aplicación de ciertas restricciones como medidas punitivas y la más importante la suspensión de la patria potestad.

De las trece causales establecidas en el artículo ya señalado, las once primeras van referidas al divorcio sanción y las dos últimas se acogen más al divorcio remedio; por lo tanto, siguiendo la línea de investigación y el objetivo planteado desarrollaremos las causales que involucran al divorcio sanción.

a) El adulterio

“Se trata de una de las causales con mayor incidencia en la realidad, entendida como una unión sexual ilegítima.” (Peralta, 2002, p.310), como ya habíamos mencionado uno de los deberes primordiales del matrimonio que se deben los cónyuges de manera mutua es la fidelidad; un deber que implica exclusivo y excluyente en el aspecto íntimo sexual de los cónyuges, por lo que la acción de mantener relaciones íntimas con otra persona es considerada adulterio, el cual genera un quebrantamiento en el vínculo matrimonial haciendo que sea insostenible Para la configuración de esta causal se requiere la existencia real y

consumación del acto sexual por una persona que es casada; y para que se pueda hablar de adulterio se requiere el consentimiento pleno y la acción deliberada de querer mantener relaciones sexuales con una persona distinta a su esposo o esposa. El artículo 336 del código civil establece la situación en la que resultaría improcedente la separación de cuerpos y el divorcio fundada en el adulterio. Esto sucede en tres situaciones: primero, cuando el “cónyuge inocente” provocó esta situación; segundo, cuando lo consintió; tercero, si es que perdonó el hecho.

b) La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias

“El elemento objetivo de la violencia física o psicológica está constituido por actos de excesiva crueldad que uno de los cónyuges infiere al otro.” (Peralta, 2002, p. 312). Más allá de hablar de crueldad de la conducta del cónyuge culpable la comisión de estos actos de violencia también exige que sean reiterativos, los cuales pueden ser tanto físicos como psicológicos. En palabras de Plácido (2002) la regulación jurídica en un inicio consideró a esta causal como servicial que hace referencia a actos de crueldad, pero hoy en día esta regulación establece como un elemento constitutivo de esta causal a la fuerza irresistible y las consecuencias que esta provoca. Por otro lado, será necesario que exista la intención de causar daño y de hacer sufrir al otro cónyuge; esta causal no procederá para invocar el divorcio si es que dichos actos se fundamentan en un hecho propio. En la Casación N° 112-01-Lima, se habla sobre el fundamento de esta causal como incumplimiento del deber de asistencia, indicando que “la violencia física se funda en el incumplimiento de uno de los deberes conyugales como es el deber de asistencia, que tiene sustento ético - moral” (Casación N°112-01, 2001).

c) El atentado contra la vida del cónyuge

La palabra atentado hace referencia a una acción de atacar, agredir, querer causar daño a la vida del cónyuge. “Es el acto intencional que realiza un cónyuge contra el otro con el propósito de privarle la vida o causarle un grave daño físico” (Holgado, 1982, p. 375).

Esta conducta es una causa muy grave por estar en contra de un derecho fundamental, el más esencial: la vida; lo que genera de manera inevitable el quebrantamiento del vínculo matrimonial, ya que se busca atentar contra la vida del cónyuge, se intenta causarle la muerte y hacerle graves daños, por lo que puede ser calificado con un intento de homicidio que no llega a consumarse. Esta causal al calificar como intento de homicidio se encuentra

gravemente sancionada por el código penal, con algunos requisitos en particular, por lo que de no llegar a configurar como un delito no deja de ser una grave falta a los deberes entre los cónyuges.

Debemos señalar que para que llegue a configurarse esta causal debe darse con la intención de quitar la vida al otro cónyuge, por lo que amenazas violentas o lesiones leves no son suficientes para invocar el divorcio mediante esta causal.

d) La injuria grave, que haga insoportable la vida en común

Puede ser entendida como un daño moral. “Es cualquier hecho que se manifiesta en una ofensa al honor, a la reputación o al decoro de una persona” (Flores, 1980, p. 92). La injuria es una ofensa grave a la dignidad del otro cónyuge que genera una humillación y un menosprecio inexcusables que hacen que sea insostenible la vida en común. Para que se configure una injuria estamos hablando de que pueden ser acciones u omisiones que tengan la intención firme de ofender al otro cónyuge quien no ha debido motivar dicha ofensa.

Los requisitos de esta acción en palabras de Peralta (2002) son que exista una ofensa grave y reiterada que signifique un menosprecio profundo por el otro cónyuge, que la vida en común sea insoportable y no se fundamente en hecho propio. Esta causal involucra atentar contra la dignidad de una persona, lo cual puede llegar a configurar como un delito contra el honor que debe ser debidamente acreditado en sede penal.

e) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo

“El abandono consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales” (Casación N°577-

98-1998). Esta causal atenta el deber de cohabitación y mantener una vida en común bajo el mismo techo. El abandono implica que uno de los cónyuges de manera unilateral y sobre todo voluntaria y libre de coacción, decide salir o apartarse sin justificación alguna del domicilio conyugal y no continuar viviendo, pero para que llegue a configurarse un abandono debe transcurrir el plazo establecido. Con esta actitud está manifestando que desea poner fin a la vida en común.

En el expediente N° 3058-97-Lima se señalan los elementos que debe tener la acción de abandono del hogar conyugal. Primero, se exige el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común, segundo que dicha acción sea deliberada y con la intención de poner fin a la vida matrimonial. Tercero, el transcurso del plazo (Exp. N°3058-97, 1998).

f) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común

Está causal viene a ser el comportamiento por parte de un cónyuge o de ambos que configuren como actos inmorales contrarios al orden público, la moral y las buenas costumbres y que muchas veces pueden llegar a configurar desde acciones comunes y simples hasta acciones delictivas lo que hacen que el vínculo matrimonial sea insostenible.

“La conducta deshonrosa se produce por la realización de hechos carentes de honestidad y actitudes impropias o escandalosas, que atentan contra el respeto entre marido y mujer, alterando la integridad y la dignidad de la familia, dentro de una práctica habitual” (Exp. N°3532-96, 1997). Esta conducta deshonrosa debe impedir por sí misma que se mantenga la vida en común o que pueda retomarse.

g) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía

Genera grave peligro que uno de los cónyuges ingiera dichas sustancias debido a las alteraciones físicas y mentales que pueden ocasionar en quien consume y en el resto de la familia. Debemos señalar que el Código Civil en el art. 347 establece una excepción en los casos de enfermedad mental prescrita por un médico, lo que genera una ingesta de medicamentos por razones terapéuticas quedando de alguna manera justificado, pues es parte de su derecho a la salud.

Para que se pueda configurar esta causal más allá del consumo habitual de los alucinógenos y que esta situación ponga en peligro al otro cónyuge y a su familia, se requiere que los trastornos que provoca en la conducta el consumo de estos alucinógenos generen el impedimento de la vida en común.

h) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio

Las enfermedades de transmisión sexual por lo general se adquieren mediante contacto sexual directo con lo que también podría verse vulnerado el deber de fidelidad. El Código Civil de

1984 solo se refería a la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio como causal de separación, y no contempla otro tipo de enfermedad distinta a la venérea, pero con consecuencias similares o peores a esta. Hoy en día esta situación se ha subsanado mediante la ley N° 27495 ampliando la causal a otros tipos de enfermedades de tipo sexual que ponen en grave peligro la salud del cónyuge sano.

i) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio

La característica esencial de esta causal se basa en que uno de los cónyuges siente atracción por personas de su mismo sexo y esto implica desde el comportamiento homosexual de la persona (cónyuge culpable) hasta el hecho de mantener relaciones sexuales, lo que genera el quebrantamiento del vínculo matrimonial debido a que es contrario a la finalidad del matrimonio, el cual busca la unión de un hombre y una mujer.

j) La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio

En palabras de Cornejo "es injuria grave que el delito de uno de los cónyuges infiere al otro y a la familia lo que puede imposibilitar la convivencia normal" (Cornejo, 1985, p. 333). Cuando un cónyuge incurre en esta causal está cumpliendo el deber ético moral propio del matrimonio. La comisión del delito debe ser doloso, lo que implica que la conducta del cónyuge culpable debió ser tomada de manera consciente y deliberada. "No puede invocar esta causal el cónyuge que conoció el delito antes de casarse" (Plácido, 2002, p. 203). Con base en lo mencionado por Plácido vendría a ser un requisito esencial que el delito sea cometido después de contraer matrimonio o que el cónyuge inocente tome conocimiento de dicho delito después de celebrar el matrimonio.

k) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial

Algunos doctrinarios llaman a esta causal como incompatibilidad de caracteres, lo que evidentemente imposibilita la cohabitación o vida en común de los cónyuges. Esta causal fue introducida por la ley N° 27491. "Se trata de un grave estado de quiebra en las relaciones internas matrimoniales" (Torres, 2001, p. 78).

Al hablar de quebrantamiento de la relación interna matrimonial hacemos referencia de que ya no existe una armonía entre los cónyuges, ya no existen las razones por las cuales decidieron contraer matrimonio. Estos hechos que generan incompatibilidad deben ser invocados por el cónyuge agraviado, ya que la actitud que asume el cónyuge culpable produce la imposibilidad de cumplir con la finalidad y el propósito del matrimonio.

Las siguientes causales son las dos últimas contempladas en el código civil y hacen referencia al divorcio remedio, ya que no existe el elemento culpa para que puedan ser considerados dentro de las causales del divorcio sanción.

- **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 menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335.**
- **La separación convencional después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.**

7) Efectos del divorcio y deberes que cesan entre los cónyuges

Los efectos que se producen una vez declarado el divorcio son de aspecto personal y patrimonial y se dan entre los cónyuges, así como con los hijos.

a) Efectos jurídicos entre cónyuges

El primer efecto que surge con el divorcio es la disolución definitiva del vínculo matrimonial, por lo que ambos se encuentran en la libertad de poder contraer nuevas nupcias; junto con este efecto también se produce la extinción del derecho de llevar el apellido del esposo y la extinción de la afinidad colateral, es decir, el parentesco por afinidad que surgió dentro del matrimonio con las familias de cada uno de los cónyuges se extingue junto con el matrimonio.

Otro efecto que se genera es el cese de la obligación alimentaria entre los excónyuges salvo que estemos ante un divorcio sanción y que el cónyuge afectado se encuentre en una situación como la carencia de bienes propios, escasos derechos de gananciales o no se encuentre en condiciones de trabajar, lo que hace difícil afrontar su propia solvencia. También debemos hablar del daño moral que se genera al cónyuge inocente por lo que el juez asigna una relación económica con la finalidad de indemnizar dicho daño.

Otra consecuencia de aspecto más patrimonial es la pérdida de gananciales. Según el art. 352 del C.C., el cónyuge culpable perderá los derechos que tiene sobre los bienes del otro cónyuge y esto surte efecto desde el momento en que se celebra el matrimonio y no desde la comisión de la causal del divorcio.

También se pierde los derechos hereditarios para ambos cónyuges, por lo que con la disolución del vínculo matrimonial ambos cónyuges pierden el derecho de suceder sus derechos entre sí. Este efecto jurídico se encuentra regulado en el art. 353 del C.C.

b) Efectos jurídicos hacia los hijos

Los efectos jurídicos que se generan con los hijos luego de la disolución del vínculo matrimonial son dos: uno vinculado con la patria potestad y otro con la obligación alimentaria de los padres.

Sobre la patria potestad debemos señalar que los padres deben velar por el cuidado y protección de los hijos; pero, ante la disolución del vínculo matrimonial, esta situación se ve afectada, por lo que si estamos ante un caso de divorcio sanción el cónyuge culpable se ve suspendido de ejercer su derecho de patria potestad y los hijos son asignados al cónyuge inocente salvo que por determinadas circunstancias el juez vea conveniente asignar a todos o alguno de los hijos al otro cónyuge. En ambos casos una tercera persona está imposibilitada de ejercer la patria potestad. Sin el divorcio sanción ambos cónyuges son culpables los hijos serán asignados a cada uno según su edad. En el caso de los hijos varones mayores de siete años quedarán bajo los cuidados y la custodia del padre; y las hijas menores de edad y los hijos varones menores de siete años estarán al cuidado de la madre siempre que no se haya asignado a una tercera persona para que asuma este derecho respecto a los hijos. Todas estas determinaciones las dará el juez tomando en cuenta siempre el interés superior del niño y su bienestar.

Sobre la obligación alimentaria que tienen los padres hacia sus hijos se mantiene pese a la ruptura del vínculo matrimonial, ya que estamos hablando de una relación jurídica distinta a la del matrimonio, por lo que sus efectos a causa del divorcio no pueden alcanzarla, pero sí asumir una responsabilidad con los hijos que es la pensión alimenticia. Esta puede ser asignada a ambos padres o a uno de ellos. Estos están en la obligación de cumplir dado que con la entrega o abono de dicha pensión se va a afrontar las necesidades del menor como son la alimentación, educación, vestimenta, salud, entre otros necesarios para su sustento. Debemos concluir indicando que esta obligación se mantiene a pesar de que el padre o madre haya perdido la patria potestad.

8) Trámite del proceso de divorcio por causal ante el CPC

En el art. 334 del código civil se habla sobre la titularidad para poder invocar el divorcio por causal el cual le corresponde exclusivamente a los cónyuges no podemos señalar qué es una facultad exclusiva del cónyuge inocente ya que el código no prohíbe al cónyuge culpable de invocar el divorcio por causal, en caso alguno de los cónyuges se encuentra imposibilitado de ejercer este derecho por encontrarse incapacitado por enfermedad mental o ausencia esta acción podrá ser ejercida por sus ascendientes o un curador.

El cónyuge titular de la acción deberá cumplir requisitos para la admisibilidad de su solicitud de divorcio. Primero debe estar ante un matrimonio válido y vigente; segundo, debe existir una causal de divorcio y que dicha causal no haya caducado según los plazos establecidos.

Respecto al procedimiento judicial para llevar a cabo el divorcio debemos señalar que el juez competente es el juez de familia del último domicilio conyugal o el juez del domicilio del cónyuge demandado. La elección de ante qué juzgado se deberá solicitar el divorcio va a depender del cónyuge demandante. El trámite del proceso con base en el art. 475. 1 del código procesal civil se llevará a cabo mediante un proceso de conocimiento.

Debemos tener en consideración que al estar hablando de una institución jurídica como el matrimonio con gran relevancia dentro de la sociedad, el código civil en el artículo 357 permite la variación de la demanda de divorcio siempre que se haya emitido sentencia, es decir que el cónyuge demandante puede variar su solicitud de divorcio a una separación de cuerpos, ello fundado en el principio de protección del matrimonio y de la familia y con el propósito de que exista posibilidades de reconciliación y salvación del vínculo matrimonial.

"Durante la tramitación del proceso de divorcio por causal específica el juez manda a cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian, de tal modo, que reconciliados estos pueden demandar nuevamente el divorcio solo por causas" (Peralta, 2002, p. 339).

Se solicitan causas nuevas porque no puede darse la acción de retracto por parte del cónyuge ya reconciliado en sede judicial por la causal que los llevó a iniciar dicho proceso.

9) Comentarios al artículo 340 del Código Civil (basado en la entrega de los hijos al cónyuge inocente y suspensión de la patria a cargo del cónyuge culpable)

Cuando se produce el divorcio por causal el art 340 del C.C. se encarga de regular los aspectos de la patria potestad que implica dicho divorcio.

Por lo general, el ejercicio de la patria potestad de los hijos es entregado al cónyuge afectado o inocente mientras que este derecho es suspendido para el cónyuge culpable por ser el causante del divorcio y es parte de las sanciones que se le imponen por su comportamiento al faltar a los deberes y derechos que exige el matrimonio. Pero, existe una excepción a esta premisa, por lo que el juez en pro del bienestar de los menores si ve conveniente asignar la patria potestad al cónyuge culpable lo realizará pudiendo encargarle a todos los hijos o a alguno; si ambos cónyuges son culpables los hijos varones mayores de siete años son asignados al padre mientras que las hijas mujeres menores de edad y los hijos varones menores de siete años son asignados a la madre; y ante la existencia de una causal grave que impida a ambos cónyuges ejercer la patria potestad esta será asignada a un tercero, preferentemente familiares directos.

Evidentemente al consumarse el divorcio los excónyuges dejarán de hacer una vida en común y de vivir en el mismo domicilio. Este efecto propio del divorcio también llega a afectar a los hijos, por cuanto se tendrá que ver con cuál de los cónyuges vivirán. Esta situación resulta ser un tanto perjudicial en la relación paterno filial sobre todo para los hijos en vista que se verán limitados a la convivencia habitual con sus padres y esta vulneración tanto para el padre como para los hijos se da específicamente en la decisión del régimen de patria potestad que otorga el juez.

La patria potestad es básicamente la representación legal de los hijos que implica el derecho y el deber de los padres en cuidar de los hijos y administrar sus bienes, y debe ser asumida por ambos padres. Su suspensión basada en el divorcio (figura jurídica distinta y autónoma

a la patria potestad), pese a no ser una suspensión definitiva, vulnera derechos del niño y del padre.

En el proceso de divorcio “está en debate no solo la situación jurídica de los cónyuges, sino también la de sus menores hijos, frente a lo cual se debe atender a su interés superior.” (Casación N° 3505-2001-Piura). La patria potestad se encuentra estrechamente vinculada con el matrimonio y con el divorcio y respecto a este último los efectos que genera no deberían alcanzar a los hijos sobre todo cuando se trate de causales del divorcio que no atenten contra la integridad, seguridad y bienestar del menor, como es el caso del adulterio donde efectivamente se atenta contra el deber de fidelidad que tienen los cónyuges entre sí, pero esta situación no configura una señal de alerta o peligro para los hijos, a diferencia de las causales como la toxicomanía, la agresión física o psicológica que vienen a ser causales que sí manifiestan un peligro para el bienestar de los hijos, por lo que bajo la configuración de estas causales y velando por el interés superior del niño resultará adecuado la suspensión de la patria potestad del cónyuge culpable.

Como ya señalamos la patria potestad implica la representación legal de los hijos y para que una persona pueda asumir este rol debe ser una persona capaz, por lo que la adecuada asignación de la patria potestad exigiría un análisis sobre cada caso en particular y sobre cada causal de divorcio, ya que no todas las causales señaladas en el Código Civil declaran la incapacidad del cónyuge culpable para poder asumir el rol de representante legal de los hijos y seguir ejerciendo la patria potestad.

10) Patria Potestad

a) Concepto

Según Varsi (2012), “la patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial” (p. 5). La patria potestad es un deber-derecho que deriva de la relación paterno filial que existe entre los padres y sus hijos, por lo que no podría existir la patria potestad sin que exista una filiación entre las partes involucradas, pero sí puede darse el hecho de que exista filiación y no exista la patria potestad, debido a supuestos como la suspensión, extinción o pérdida de este deber-derecho.

La patria potestad implica “un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral,

desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado” (Bermúdez. 2012).

Este conjunto de deberes y derechos originados por la relación filial que existe entre los padres e hijos es de doble sentido, ya que existen deberes y derechos que los padres deben cumplir hacia los hijos, pero también existen derechos y deberes que los hijos deben cumplir hacia los padres. En ambos casos se exige su cumplimiento, pero tienen mayor impacto los que se exigen a los padres. La patria potestad es “la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores para los fines de lograr el pleno desarrollo y formación integral de los hijos” (D’ Antonio, 1996).

Esta institución está ligada al derecho de familia, de carácter natural con regulación jurídica que vela por su adecuada materialización en pro y beneficio del hijo y de la familia.

b) Naturaleza jurídica

Cuando hablamos de naturaleza jurídica nos referimos a la esencia misma de la patria potestad, lo que hace que esta institución jurídica sea única y distinta a otras. En palabras de Méndez (1990) señala que la patria potestad tiene como naturaleza jurídica un derecho subjetivo, el cual confiere la facultad y el poder de proteger y cuidar a los hijos haciendo uso del principio de autoridad que tienen los padres.

Otra opinión doctrinaria señala que la patria potestad es una típica institución del Derecho de Familia que “configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad.” (López, 2004). Esta institución procura que el interés familiar y el poder que se le confiere a los padres para el ejercicio de este derecho tenga un reconocimiento legal, y es en esta característica en la que se centra su naturaleza.

La autoridad de los padres que se desprenden de la patria potestad es una autoridad positiva o benéfica para los hijos ya que con ella se debe procurar atender las necesidades de los hijos. Así pues “la patria potestad es una institución autónoma del derecho de familia, con normas de interés público que las tornan obligatorias.” (Aguilar, 2008, p. 318). La regulación concerniente a la patria potestad es obligatoria, por lo que los padres no pueden renunciar a

ella ni pueden llegar a pactar de mutuo acuerdo alguna situación distinta a la establecida legalmente, ya que se busca proteger el interés superior del niño, velar por su bienestar.

c) Características de la patria potestad

Las características son aspectos particulares y propios de esta institución y debido a ellas se distingue de otras instituciones jurídicas. De acuerdo con lo señalado por Aguilar (2008) son 6 las características esenciales de esta institución.

- La patria potestad es una institución jurídica exclusiva de los padres, debido al vínculo natural de filiación entre ellos y sus hijos.
- “Se regula por normas de orden público ya que está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal.” (Varsi 2011). Se habla de orden público debido a que el interés de la sociedad está dentro de esta institución, pues se vincula con instituciones de gran relevancia social como la familia.
- Es un derecho personalísimo, “no puede ser delegado o transferido, tampoco se puede renunciar y se les otorga a ambos progenitores” (Arrastra y García, 2017) y debido a que es un derecho exclusivo de los padres por ser progenitores de sus hijos. En el caso de que estos se encuentren incapacitados para asumir esta obligación, podrá asumirla un tercero, pero bajo la figura de tutor, pues la patria potestad no puede ser transferida.
- Es un derecho irrenunciable, intransferible, inalterable e imprescriptible, ya que estamos hablando de un derecho personalísimo, por lo que los padres no pueden modificar sus obligaciones derivadas de la patria potestad, tampoco podrían ceder esta obligación a una tercera persona por decisión propia ni renuncia a ella, ya que sería abandono dejando en situación de desamparo a su menor hijo. Otra característica es la temporalidad, la cual no debe ser confundida con la imprescriptibilidad.
- Es una obligación, ya que cuando hablamos de temporalidad se hace referencia a que es asumida sobre los hijos que aún no tienen la capacidad de cuidar de sí mismos ni el ejercicio pleno de todos sus derechos. Por ello los padres asumen la

representación legal hasta que sus hijos adquieran la capacidad. En nuestro país esta capacidad se adquiere a la edad de 18 años y de manera excepcional a los 16 años siempre que las personas hayan contraído matrimonio o algún título que lo habilite.

- Tiene una protección de rango constitucional, se encuentra regulada en el art. 6 de la Constitución Política del Perú. Debido a la gran relevancia jurídico social que tiene esta situación, el interés de la patria potestad “trasciende hacia la sociedad y de allí en rango de precepto constitucional.” (Aguilar, 2008, p. 321).

d) Finalidad e importancia

"La patria potestad satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar." (Zannoni, 1998). Como ya hablamos, la patria potestad surge de la relación filial entre un padre y un hijo, nace por el acto de la procreación. Desde esta se desprenden todos los deberes y derechos subsumidos bajo la figura o institución de la patria potestad, la cual tiene la finalidad de brindar una adecuada protección, cuidado y representación de los hijos y resulta ser indispensable, ya que estamos ante seres indefensos e incapaces de poder afrontar responsabilidades para su propia subsistencia.

“El ejercicio de la patria potestad tiene una tradición de siglos: en su aspecto histórico, desde

Roma; en el contemporáneo, desde la legislación civil que regula las relaciones familiares.”(Gómez., 2020). La historia muestra que la patria potestad ha buscado velar por el bienestar de los hijos mediante las regulaciones que se impartían sobre las relaciones familiares. Con el transcurrir del tiempo se fue modificando y adecuando a las necesidades propias de las familias y de la sociedad. “Es sumamente importante la presencia de los padres, quienes, por puros sentimientos tradicionalmente naturales y humanos, deben asumir esta responsabilidad, la misma que debe estar regimentada por las leyes, a fin de evitar excesos u omisiones en esta gran labor que les compete obligatoriamente.” (Córdova. 2019, p. 13)

Cuando una persona asume el rol de padre adquiere responsabilidades respecto a los hijos con el propósito de criar y educarlos de manera óptima. La importancia de la patria potestad

va a la par con esta responsabilidad, ya que los hijos por sí mismos no podrán desarrollarse ni tener una vida digna ni mucho menos solventar las necesidades propias de su formación y subsistencia, por lo que si un padre no asume la responsabilidad que requiere la patria potestad está dejando en total desamparo y abandono a sus hijos debido a la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran.

e) Relación paterno filial

Basándonos en lo señalado por el Diccionario panhispánico del español jurídico la relación paterno filial es el “vínculo directo e inmediato que une a padres e hijos, derivado de la filiación y que lleva aparejado un conjunto de deberes y obligaciones de los progenitores por el mero hecho de serlo respecto de todos los hijos, sean matrimoniales o extramatrimoniales.” (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020).

De la relación paterno filial se desprenden todos los deberes y derechos de los padres y los hijos que la ley les confiere de manera recíproca haciendo hincapié sobre todo en las obligaciones y responsabilidades de los padres, ya que no están en una situación de igualdad con sus hijos. Por esto tienen una particular relación que procura el bienestar del menor, todos los derechos y deberes de los padres se deben cumplir, aunque estos estén separados o divorciados, ya que el matrimonio y divorcio son instituciones jurídicas distintas y autónomas, por lo que los efectos o situaciones propias de cada una no debe involucrar o alcanzar a la relación jurídica que existe entre los padres e hijos.

Con base en la relación filial que surge por el acto de procreación que considera la patria potestad como una institución natural y no una creación de la ley, por lo que “la ley solo cumple con regular más no es ella la que confiere los derechos e impone los deberes a los padres, sino que lo declara pues ellos vienen impuestos por la naturaleza por el hecho mismo de la procreación.” (Aguilar, 2008, p. 307).

11) Relaciones jurídicas que emanan de la patria potestad

En palabras de Varsi. Cuando hablamos de patria potestad nos referimos a un “derecho subjetivo familiar que lleva de manera implícitas relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos-obligaciones y facultades deberes.” (Varsi, 2011). Respecto a los derechos y deberes de los padres estos en un inicio en la práctica fueron ejércitos exclusivamente por el padre pese a que no había una exclusión

expresa hacia la madre de estos derechos y deberes, pero hoy en día se asume este rol de manera de manera equitativa por ambos padres quienes tienen como propósito fundamental el cuidado, y la formación adecuada para los hijos.

Los deberes y derechos que tienen los padres para con sus hijos se encuentran regulados en el art. 74 del Código de los Niños y Adolescentes y el art. 24 regula de manera exclusiva los deberes de los niños y adolescentes. Con relación a los deberes estos son básicamente el deber de velar por el desarrollo integral de sus hijos, proveer su sostenimiento y educación, dirigir su proceso educativo y formación, brindarles un buen ejemplo de vida y corregirlos moderadamente y por último representarlos en los actos de la vida civil mientras son menores de edad.

Respecto a los derechos que tienen los padres debemos señalar que son atributos exclusivos de los padres y se desprenden de la relación paterno filial y se reconoce el derecho de tenencia, lo que conlleva que los padres deben tener a sus hijos bajo sus cuidados y su custodia, el derecho de corrección moderada y ante la imposibilidad o incapacidad de realizar lo podrán recurrir a la autoridad competente, el derecho de recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición sin que ello les causa algún perjuicio este derecho que tienen los padres sujeto al cumplimiento de sus deberes por parte de los hijos regulado en el artículo 24 del Código de los niños y adolescentes por último les confiere el derecho de usufructo el cual permite a los padres apropiarse de los frutos generados por los bienes propios de sus hijos esto con el propósito de que “todos los miembros de una familia deben colaborar para lograr el bien común de ese núcleo doméstico y en ese sentido si los menores tienen bienes los frutos que generan son utilizados en primer lugar para atender las necesidades del menor titular del bien” (Aguilar, 2008, p. 347).

Respecto a los derechos y deberes de los hijos es cierto que ellos tienen derechos que son exigibles a sus padres para poder tener una adecuada protección educación y asistencia que les permita su desarrollo, pero también están obligados al cumplimiento de deberes como la obediencia el respeto y la honra que deberán ser exigidos de acuerdo a la edad y a las enseñanzas que le inculcaron sus propios padres. Ante la falta del cumplimiento de estos deberes, los padres adquieren el derecho de corrección sobre los hijos para poder resarcir esta situación.

12) Regulación en el Perú

En la Constitución de 1979, la protección constitucional que recibió esta institución se reflejó en los deberes y derechos de los padres frente a sus hijos y de manera indirecta se comenzó a regular la patria potestad. En la Constitución de 1993 encontramos una regulación en los derechos sociales y económicos sobre la protección a la familia, el matrimonio y se mantiene el deber de los padres de cuidar y velar por el bienestar de sus hijos, por lo que en el art. 6 se señala expresamente estos deberes de los padres.

De acuerdo al jurista Aguilar Llanos (2008) las primeras iniciativas sobre la regulación de la patria potestad se dieron en la época republicana en el Código Civil de 1852, promulgado el 28 de julio, y para ello se tomó como referencia el derecho canónico-romano. Este código tenía la finalidad de proteger a los niños mediante la regulación de todas las situaciones inherentes a los hijos y de esta manera poder atender sus necesidades; reconocía la patria potestad de ambos padres, pero no debemos olvidar que en esos años aún el esposo era quien asumía la dirección y tomaba las decisiones con base en su potestad marital, por lo que las decisiones concernientes a la patria potestad eran resueltas por el esposo.

El Código Civil de 1936 también reconoció la patria potestad a ambos padres porque no había una exoneración expresa de este derecho a la madre, por lo que en la práctica seguía siendo ejercida exclusivamente por el padre, quien tenía la autoridad dentro del vínculo matrimonial por otro lado. Tampoco se tenía una definición clara de esta institución. En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos, el padre era el responsable de la representación del menor, aunque la madre podía solicitar la patria potestad ante el juez, quien podía conferir dicha facultad.

Hoy en día, la institución de la patria potestad se encuentra regulada también en el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil vigente, donde se desarrolla de manera más amplia aspectos como su definición, las implicancias que involucra, las situaciones en las que se puede dar un cese temporal o la extinción de la patria potestad.

13) Suspensión de la patria potestad

El art. 340 del C.C. habla sobre la suspensión de la patria potestad ante un divorcio por causal, ya que al conferir la patria potestad a uno de los padres de manera automática queda suspendida la del otro. La suspensión de la patria potestad se caracteriza por la temporalidad, por no ser una suspensión definitiva y puede ser recuperada siempre que se acredite la

extinción de la causal que la motivó. Por otro lado, se debe indicar que lo que se suspende es el ejercicio de la patria potestad mas no su titularidad.

“La declaración de suspensión de la patria potestad, en los casos de separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges, constituye un efecto o consecuencia de tales supuestos cuyo cumplimiento no admite pactarse en sentido contrario.” (Casación N° 719-97-Lima). Cuando se trata de un divorcio por causal no nos encontramos ante una separación convencional, por lo que no se puede admitir algún acuerdo entre los cónyuges sobre la patria potestad dado que esta es establecida según lo señalado el Código Civil. Bajo esta premisa la asignación de la patria potestad tiene un carácter sancionador para el cónyuge culpable o causante del divorcio, por cuanto se impone la sanción de suspender el ejercicio de la patria potestad, según lo señalado en el art. 340, 420 y 466 del C.C en concordancia con el artículo 83° literal h del Código de los Niños y Adolescentes.

14) Privación de la patria potestad

De acuerdo con O'callaghan (2008) la privación se caracteriza por el desvanecimiento de la titularidad de este derecho y junto con ella el ejercicio. La privación de la patria potestad también se da de manera temporal y se puede recuperar siempre que ya no existan las circunstancias o causales que dieron motivo a la privación de este derecho, pero existe una situación en la que la pérdida se da de manera definitiva, y es señalada en el art. 471 del C.C. siempre que se haya declarado la pérdida de la patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o cualquier otro delito que genere grave perjuicio al menor o por una conducta reiterativa.

15) Principio del Interés Superior del Niño

El interés superior del niño es un principio con una regulación a nivel internacional, que busca velar por el bienestar de los menores. En nuestro país se encuentra regulado en el art. 4 de la Constitución Política que indica que el Estado brinda una protección especial al niño; el art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes dispone que: “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado, se considerará este principio y el respeto a los derechos de los menores”.

Esta especial protección que el Estado, la sociedad y las familias deben brindar al niño se debe a la situación de vulnerabilidad y desventaja en la que se encuentra ante otras personas y situaciones, por lo que “todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en la

consideración del interés superior del mismo...” (Chunga, 2001, p. 208) y al hablar de interés superior del niño se hace referencia a que se debe de procurar el adecuado desarrollo del niño y velar por sus bienes por sobre otras situaciones que puedan verse involucradas con el menor.

En la doctrina se ha señalado que el interés superior del niño “guarda una relación fundamental con el Derecho de Familia, pues las instituciones jurídicas de esta especialidad jurídica buscan asegurar la continuidad de las relaciones parentales y la disminución o evasión de posibles consecuencias y daños en los menores de edad a causa de los problemas intrafamiliares.” (Castillo, 2010, p.25).

Este principio va muy ligado a la institución jurídica de la familia porque en ella se vela y procura siempre el bienestar de los niños para no generar situaciones que impidan un adecuado desarrollo del niño, por eso todas las medidas y decisiones vinculadas a la vida de un niño deben tener especial consideración y análisis de cada situación. De este modo, la sanción impuesta al cónyuge culpable mediante el divorcio por causal debe tener especial consideración en aquellas causales que no signifiquen una señal de alerta o problema para el niño.



CAPITULO II METODOLOGIA

3. Marco metodológico

Habiendo desarrollado la integridad del marco teórico necesario para profundizar y comprender el tema materia de investigación, corresponde ahora detallar los principales argumentos metodológicos que se han utilizado en el presente trabajo, conforme el siguiente orden:

En el presente capítulo sobre "La vinculación entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad conforme el artículo 340 del Código Civil Perú -2021", se hace uso de argumentos metodológicos en el siguiente orden:

- Enfoque y alcance de la investigación
- Diseño de la investigación
- Método
- Unidades de estudio
- Técnicas e instrumentos
- Validación de la investigación

3.1. Enfoque

Considerando el objetivo central de esta investigación, tenemos que la misma tiene un enfoque cualitativo, la misma que en palabras de Mendizábal, et al (2023), podemos definirla como aquella corriente que trata de identificar y reconocer las descripciones y variables sociales que han de ser importantes para el entendimiento del fenómeno social del cual se está planteando el análisis.

En el mismo sentido (Hernández, et al 2010) señala que este enfoque es el recomendado en la investigación jurídica porque permite hacer una investigación global de cualquier problema jurídico, sea normativo, socio jurídico e integral. Siendo compatible además con la teoría tridimensional del Derecho.

Así, en el presente caso, se pretende establecer si existe alguna vinculación entre el divorcio sanción y la afectación o limitación a la patria potestad o es que, por el contrario, se está vulnerando la finalidad y naturaleza de la relación paterno filial.

Respecto a los alcances de la investigación como lo señala el autor Ramos-Galarza (2020) “el nivel de una investigación puede tener diversos alcances que parten desde el nivel exploratorio, descriptivo, correlacional hasta llegar a un alcance explicativo, en donde se busca una explicación del fenómeno que se está investigando” (p. 1). De esto, tenemos que los alcances de esta investigación resultarían ser descriptivo – explicativo; ya que en un primer momento analizaremos por separado cada una de las instituciones jurídicas en estudio para luego intentar explicar la problemática señalada.

3.2. Diseño

Como bien lo han mencionado Hernández, et al “existen diversas tipologías de los diseños cualitativos, pero es complejo resumirlo en pocas líneas, por esa razón los autores hacen mención de los siguientes diseños genéricos: teoría fundamentada, diseños etnográficos, diseños narrativos y diseños de investigación – acción” (2010)

Por otro lado, Giraldo señala que “La teoría fundamentada propone construir teorías partiendo directamente de las observaciones realizadas por el investigador” (2012).

Dicha investigación aplicó el diseño de la teoría fundamentada, debido a que se recolectó información básica, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que posibilitó identificar el fondo del problema y con eso determinar si existe vinculación entre el divorcio sanción y la restricción de la patria potestad.

3.3. Método

En la investigación no existe un método único, universal e incontrovertible. Ruiz (2012), es necesario también precisar que los métodos están correlacionados con un momento histórico, para entender la manera como se ha abordado el problema del conocimiento jurídico.

Por su parte los métodos empleados son el inductivo, el deductivo, el análisis o síntesis.

Método Deductivo “Una vez en contacto con los casos particulares y con aquellos datos que permiten ubicar un contexto de búsqueda y formular una incógnita, se adelanta directamente, y a modo tentativo, una representación general y abstracta de los hechos, tal que sea posible ir haciendo concreciones progresivas hasta llegar a los casos singulares. Mientras en la inducción el conocimiento se logra mediante un proceso creciente de generalización, partiendo de los casos o muestras de casos, en la deducción el proceso de generalización es decreciente, partiendo de suposiciones audaces.

En el presente caso se usó el método deductivo toda vez que tomando en cuenta la norma y los casos singulares, pudimos lanzar una hipótesis que pretende ser validada a lo largo de esta investigación.

3.4. Población y muestra

En la presente investigación se tiene como unidades de estudio, las normativas vigentes respecto al divorcio sanción y respecto a la suspensión de la patria potestad.

En cuanto a la población, se ha respetado lo que se señaló en el proyecto de investigación, así:

a) Población:

La población materia de investigación está conformada por todas las normas vigentes sobre el tema abordado al presente año

b) Muestra:

Teniendo en cuenta el objetivo de la tesis, el cual es íntegramente cualitativo, se va a trabajar con una entrevista a 09 expertos en derecho de familia, entre jueces, abogados especialistas en familia, así como patrocinadores de oficio, entre otros.

3.5. Técnicas e Instrumentos

Según Ruiz (2012), las técnicas son de hecho, recursos o procedimientos de los que se vale el investigador para acercarse a los hechos y acceder a su conocimiento y se apoyan en instrumentos para guardar la información tales como: el cuaderno de notas para el registro de observación y hechos, el diario de campo, los mapas, la cámara fotográfica, la grabadora, la filmadora, el software de apoyo; elementos estrictamente indispensables para registrar lo observado durante el proceso de investigación.

3.5.1. Análisis de Fuente Documental:

Según Castillo (2005) el análisis de las fuentes documentales es una operación netamente intelectual el cual dará como resultado un documento secundario el cual actúa como intermediario entre el documento original y quien solicita la información es decir el documentista, asimismo esta información tiene que ser interpretado y analizado (p.1).

El análisis documental comprende del análisis de fuente doctrinaria, normativa y jurisprudencial.

El instrumento de la técnica de análisis de fuente documental es la guía de análisis documental. Por su parte el instrumento de la técnica de análisis de fuente jurisprudencial, es la guía de análisis jurisprudencial adjuntada como anexo y la técnica de análisis de fuente normativa es la guía de análisis normativo.

Este instrumento se utilizará para el análisis de jurisprudencia

3.5.2. Encuesta:

Es una especie de conversación formal entre el investigador y el investigado o entre el entrevistador y el entrevistado. Consiste en formular preguntas en forma verbal con el objetivo de obtener respuestas o informaciones y con el fin de verificar o comprobar las hipótesis de trabajo. Romero et. al. (2018)

El instrumento de la técnica de la entrevista es la guía de preguntas de entrevista.



CAPITULO III RESULTADOS Y DISCUSION

4. Resultados y discusión

Habiendo desarrollado el total del marco teórico requerido para comprender la investigación, corresponde ahora presentar nuestras muestras obtenidas, las mismas que se tratarían de la realización de una entrevista semi estructurada y la aplicación de una encuesta. En el primer caso, se podrá obtener opiniones de manera literal, con el fin de saber cuál es la posición o postura que ostenta nuestro entrevistado. En el segundo caso, se aplicará una muestra estadística, propia de las respuestas que los expertos nos brindaron, todo ello con el fin de obtener un criterio porcentual que, de alguna manera, nos conduzca a una probabilidad o expectativa de cómo es que se enfatiza estas respuestas. Quedando conformado de la siguiente manera:

4.1. Entrevistas

Para el caso de este instrumento, se tuvo a bien, recolectar la opinión de 11 magistrados, los mismos que pudieron responder 5 preguntas, las mismas que están enfocadas a los objetivos que la tesista se planteó en un inicio, conformándose del siguiente modo:

Tabla 4 entrevistas

NOMBRE DEL ENTREVISTADO	OCUPACIÓN	ENTIDAD DONDE LABORA
1. Vanessa Mirella Gamero Gomez	Fiscal primera fiscalía de familia	Ministerio Público
2. Nataly Marquina Lima	Primera fiscalía de familia	Ministerio Público
3. María del Carmen Cuadros Peña	Tercera Fiscalía de familia	Ministerio Público
4. Margot Marina Villasante Itusaca	Tercera Fiscalía de familia	Ministerio Público
5. Juan Carlos Medina Ortiz	Tercera Fiscalía de familia	Ministerio Público

6. Rocío del Milagro Aquize	Primer Juzgado de Familia	Poder Judicial
7. Javier Edmundo Calderón Beltrán	Modulo Basico de Justicia de Paucarpata	Poder Judicial
8. Julia María Montesinos y Montesinos Hartley	Tercer Juzgado de familia de Arequipa	Poder Judicial
9. Carlo Yto Garay	Segundo Juzgado de familia de	Poder Judicial
10. Nolan Elias Talavera Zapana	Modulo Basico de Paucarpata	Poder Judicial
11. Rildo Lazo Peña	Primer Juzgado de familia de	Poder Judicial

Fuente: Elaboración propia

Tabla 5 Pregunta 1

PREGUNTA 1	A su criterio ¿es válido el imperativo contenido en el artículo 340 del Código Civil por el cual, se regula que en caso de un divorcio sanción el cónyuge culpable deba suspender la patria potestad de sus menores hijos?
Entrevistado 1	No, por cuanto es oponible a lo señalado en el Código de Niños y Adolescentes que establece causas de perdida de patria potestad, no “suspensión”. Por igual que sea “suspensión” el altamente gravosa para el niño.
Entrevistado 2	No
Entrevistado 3	El condicionar la patria potestad al divorcio, es una clara vulneración de los derechos de los menores, quienes deben ser puestos en primer plano antes de decidir sobre quien ejercerá la patria potestad y no de manera automática, claro está, hacer una evaluación entre los particulares.
Entrevistado 4	No, porque afecta la integridad de los menores la figura se trata de la suspensión.
Entrevistado 5	Depende de la causal que invoque, porque no es lo mismo la toxicomanía, ebriedad habitual que justifica que el menor no puede ser representado por ese menor.

Entrevistado 6	No debe ser un imperativo, se debe acreditar una causal de suspensión o pérdida de la patria potestad conforme a los artículos 74 y siguientes del CNA.
Entrevistado 7	No, por eso es necesario hacer una interpretación pro-niño y resolver en atención a su interés superior.
Entrevistado 8	El artículo 340 del CC deber ser concordado con el artículo 420 del mismo cuerpo normativo, se trata de una suspensión en el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, debe tenerse presente que en realidad no se debería tratar de una suspensión, sino de una desmembración de la patria potestad, pues el juez en realidad no se pronuncia sobre el ejercicio de la patria potestad, sino sobre la tenencia.
Entrevistado 9	No, porque debe analizarse la situación de los hijos en cada caso, puesto que debemos de basarnos mucho en el interés superior del menor.
Entrevistado 10	No es válido, el artículo 340 del CC está más referido al tema de la tenencia y no a la patria potestad, para ello esta los artículos 75 y 77 del CNA para cada caso en concreto.
Entrevistado 11	No

Tabla 6 Pregunta 2

PREGUNTA 2	Según usted ¿Cuál es la importancia de la relación paterno-filial tanto para el progenitor como para los menores hijos?
Entrevistado 1	Derecho fundamental de primer orden en el niño.
Entrevistado 2	Importante para el desarrollo de los menores.
Entrevistado 3	Siempre debe de primar el interés del menor, evaluar la importancia de estos, por ello, es importante que se mantenga una relación paterno filial sana, para que se dé un desarrollo integral en el menor.
Entrevistado 4	Es un derecho fundamental.
Entrevistado 5	Es importante para el desarrollo de la personalidad del menor, es un derecho del menor a interrelacionarse con sus padres.

Entrevistado 6	Sobre todo, en el desarrollo integral del menor.
Entrevistado 7	Es vital para su formación integral, para el caso del menor; en el caso de los padres, es una gran responsabilidad, pero conlleva también una satisfacción del deber cumplido.
Entrevistado 8	Es de suma importancia, sirve de base para el ejercicio de todos los derechos y deberes que surge a raíz de la patria potestad, es importante el contacto físico entre padres e hijos, a fin de favorecer a estos últimos, su desarrollo psicológico, emocional y espiritual
Entrevistado 9	Es de suma importancia esta relación, ya que estos lazos deben ser promovidos y reforzados.
Entrevistado 10	Es de suma importancia, considerando que es más un derecho del niño que del mismo padre, para el tema de su adecuado crecimiento

Tabla 7 Pregunta 3

PREGUNTA 3	¿Considera usted que el art. 340 del Código Civil en la disposición señalada, vulneraría el principio del interés superior del niño?
Entrevistado 1	Si, definitivamente el derecho del niño de relacionarse con su padre es primero y luego, el tema que el padre no podría compartir con su hijo
Entrevistado 2	Si
Entrevistado 3	Sí, es necesario modificarla, para un correcto uso el derecho a la patria potestad, justamente, en aras a la protección de los derechos de los menores.
Entrevistado 4	Si, ya que es un derecho poder tener interacción con sus progenitores.
Entrevistado 5	No, porque si no garantiza el libre desarrollo del menor no puede ser mal visto.
Entrevistado 6	No vulnera, pero si es drástico en cuanto la inmediatez de la suspensión de la patria potestad, si bien el divorcio es una sanción, la patria potestad deberá ser entendida en los hijos y no en los padres.
Entrevistado 7	Per se, no. Pues, podría darse el caso que mantener esa patria potestad perjudique al niño. Si ello no se da, debería armonizarse su aplicación.

Entrevistado 8	El 340 del CC regula una situación de tenencia, además, el CNA establece a la tenencia como un atributo de la patria potestad, por lo que ambas normas deben interpretarse de manera sistemática.
Entrevistado 9	Sí, porque solo da la posibilidad que uno de los padres ejerza la patria potestad, pero en la práctica podría disponerse que la patria potestad siga siendo ejercida por ambos padres, en mérito al principio mencionado.
Entrevistado 10	Sí, porque la relación de pareja que hubo en un matrimonio no debe condicionar la patria potestad de los menores ya que, los niños fruto de un matrimonio primigenio, tienen derecho a mantener una relación paterno filial adecuada con sus progenitores.
Entrevistado 11	Si

Tabla 8 Pregunta 4

PREGUNTA 4	A su criterio ¿Qué consecuencias usted cree que pueda acarrear para el menor el hecho que se suspenda la patria potestad a su progenitor, como consecuencia del Divorcio Sanción?
Entrevistado 1	El resentimiento interno, inseguridad de apartarlo de su padre.
Entrevistado 2	Perjudica a su crecimiento
Entrevistado 3	Irreversibles, por lo que una suspensión de la patria potestad puede acarrear un daño psicológico y en otros aspectos.
Entrevistado 4	La consecuencia es una afectación psicológica para el menor.
Entrevistado 5	Ninguna,
Entrevistado 6	Definitivamente va a ocasionar perjuicios, pues, existe la posibilidad que el padre se desentienda de sus obligaciones o deberes.

Entrevistado 7	No creo que debe aplicarse a “raja tabla”, debe siempre concordarse con el interés superior del niño.
Entrevistado 8	La patria potestad no debería suspender como consecuencia del divorcio, sino únicamente cuando se acredita alguna afectación grave a los derechos del hijo, conforme el art. 75 del CNA, a excepción del inciso g).
Entrevistado 9	El posible desentendimiento o desinterés del padre suspendido en recuperar la patria potestad.
Entrevistado 10	Debe tomarse en cuenta también lo que dicta el artículo 75 y 77 del CNA, al ser la patria potestad una figura que debe tomarse con mucho cuidado, ya que no solamente se debería suspender la patria potestad lo que dicta el artículo 340 del CC.
Entrevistado 11	Daña la relación paterno filial

Tabla 9 Pregunta 5

PREGUNTA 5	Considera usted, ¿Qué hay conectividad entre la relación paterno filial con la relación entre los cónyuges en cuanto a los derechos y deberes que nacen a partir del
Entrevistado 1	Indiscutible, siempre lo habrá, al margen si están casados o no.
Entrevistado 2	Si
Entrevistado 3	No del todo, son cuestiones con principios y consecuencias diferentes, aunque a partir del matrimonio, lo hijos podrían tener un mejor desarrollo, siempre y cuando el matrimonio se mantenga estable.
Entrevistado 4	Si, están ligados
Entrevistado 5	No, una cosa es la relación de los padres con los hijos y otra es la relación entre cónyuges, esta relación no debe influir

Entrevistado 6	No, es muy diferente la relación paterno filial de padres a hijos y otra muy distinta entre esposos.
Entrevistado 7	Creo que una cosa es la relación de la pareja y otra la relación con los hijos. Si la primera relación no funciona, deberá existir madurez para que no se afecta a la segunda relación.
Entrevistado 8	Si existe conectividad, por el matrimonio se obligan mutuamente a alimentar y educar a sus hijos.
Entrevistado 9	Sí, porque ambos padres tienen los mismos deberes y derechos para con sus hijos.
Entrevistado 10	Si bien muchas obligaciones nacen fruto de un matrimonio, la relación paterno filial va más allá de un matrimonio, esta relación es la vinculación entre padre e hijo, pudiendo incluso estar los padres separados o convivir, el amor a sus hijos es un lazo más fuerte y natural que, tal vez se “regularice” con mayor forma a través del matrimonio.
Entrevistado 11	No, debido a que tiene distintas finalidades.

4.1.1. Descripción de resultados de entrevistas:

Empezaremos por detallar lo referido a la **primera pregunta**, la cual está referida a saber si el artículo 340 del Código Civil, a raíz de su contenido imperativo, el cual, se da en caso de divorcio sanción, el cónyuge culpable tenga suspender la patria potestad para con sus menores hijos. Pues bien, para hacer una introducción, esta pregunta busca saber si el artículo antes mencionado, respetaría los fines propios de una filiación, es cierto, con un divorcio sanción, el cónyuge perjudicado, tendría la ventaja para continuar ostentado su patria potestad, cabría el hecho que el cónyuge culpable, tenga que suspender o paralizar la filiación que les innata al momento que este logra tener a su hijo. Pues bien, en relación a las respuestas que recogimos, la mayoría de nuestros entrevistados consideran que no es válido el imperativo que contaría el artículo 340 del CC, pues bien, dentro de los tantos argumentos que se visualiza, podemos rescatar el tema que este imperativo, vulneraría los preceptos del principio de interés superior del niño, asimismo, es necesario poder observar cada caso en concreto, tal como lo señala el entrevistado 7, ya que, cuando estamos ante casos que involucre la presencia de un menor, siempre debe primar la garantía de este último.

Asimismo, como señal el entrevistado 3, el condicionar la patria potestad al divorcio, es una clara vulneración de los derechos de los menores, quienes deben ser puestos en primer plano antes de decidir que cónyuge ejercerá la patria potestad y no de manera automática, claro está, hacer una evaluación entre los particulares. Por último, quisiera rescatar la opinión del entrevistado 5, quien menciona que dependerá mucho de la causal que se invoca como fondo de divorcio, por ejemplo, si el divorcio se dio porque un cónyuge era toxicómano o ebrio habitual, no sería dable que este mismo, tenga que seguir acercándose a su menor, en primer lugar, debería de haber un cuidado y apoyo para este padre, para que pueda recuperar esta patria potestad y no exista un doble perjuicio para el menor. Entonces, es necesario poder observar cada caso en concreto para poder tener una apreciación correcta.

Ahora bien, en relación a la **segunda pregunta** la cual busca saber, la importancia de la relación paterno filial, tanto para el progenitor como para los menores de edad, pues bien, respecto a esta interrogante, hemos podido observar comentarios muy homogéneos y que seguirían la misma línea argumentativa; básicamente, la totalidad de nuestros entrevistados rescata de forma afligida la importancia que debe primar la figura de la filiación; por lo que considero que sería apropiado poder agrupar las respuestas más comunes que detallan nuestros entrevistados, ya que, muchas respuestas – como volvemos a decir – son muy similares y siguen una corriente muy uniforme.

Dentro de estos argumentos que dotarían de válida la importancia de la filiación, encontramos las siguientes: se trataría de un derecho fundamental para padres e hijos, con la filmación se puede proteger el desarrollo y formación integral del menor, la personalidad del menor, el promover el contacto físico entre padre e hijo, a fin de favorecer a estos últimos, su desarrollo psicológico, emocional y espiritual; asimismo, quisiera rescatar la opinión de nuestro entrevistado 10, el mismo que señala que la importancia de una relación paterno filial, está más encaminada para la protección del menor, al ser la parte más vulnerable y que no podría valerse por sí mismo.

Respecto a la **tercera pregunta**, busca obtener la opinión de nuestros entrevistados con el fin de saber si el art. 340 del Código Civil en la disposición señalada, vulneraría el principio del interés superior del niño, al respecto, podemos observar que existirían respuestas divididas, para empezar, analicemos las respuestas que considerarían que no habría una vulneración al principio del interés superior del niño; empero, considero que estas respuestas “negativas” no tendrían la calidad de categórica, por ejemplo, extrayendo lo dicho por el entrevistado 6, este

mencionaría que no habría una vulneración directa al menor, pero si considera que el suspender de manera inmediata la patria potestad, si tendría una consecuencia perjudicial para el menor, por lo que no termina de encajar en una respuesta negativa. Por otro lado, el entrevistado 7, considera que de manera per se, no habría una vulneración, no obstante, si es que existiría un daño evidente con algún padre, si habría una afectación al menor, pero si esto no es así, no habría ninguna vulneración.

Por otro lado, tenemos una respuesta contraria, cuando distintos entrevistados darían una respuesta afirmativa, al mencionar que, si existiría una vulneración. Pues bien, rescatando lo dicho por los entrevistados 1, 2, 3, 4, 9 y 11 tenemos lo siguiente, la óptica que circunscribe al artículo 340 del CC, demostraría un alejamiento de la relación padre e hijo, este contacto físico, emocional que se da entre estos dos, forma parte de un derecho fundamental, como el debido desarrollo integral o el acercamiento natural que debería existir entre ambos. Ahora bien, traemos a colación lo dicho por el entrevistado 10, cuando señala que la relación matrimonial, que un tiempo fue buena y que por motivos de los mismos ya no es propicia, no debería de condicionar a que solo un padre sea el que tenga que tener la patria potestad, haciendo que el otro padre perjudicado, pierda contacto con su menor.

En el caso de la **cuarta pregunta**, la misma que desea saber cuáles serían las consecuencias que pueda acarrear para el menor el hecho que se suspenda la patria potestad a su progenitor, como consecuencia del Divorcio Sanción. Al respecto, hemos podido obtener algunas respuestas muy importantes, unas más cerradas y otras que dejan algunos entendimientos adicionales. Por ejemplo, podemos rescatar las opiniones de los entrevistados 1, 2, 3, 4 y 11, toda vez que lo engloban más al aspecto “afectivo” o integral, al considerar que las consecuencias que acarrea esta suspensión, pueden ir desde un daño o afectación al ámbito psicológico del menor, el provocar inseguridades a su persona, así como una afectación al mismo padre al alejarlo de su menor.

Por otro lado, es viable recoger la opinión del entrevistado 6, el mismo que además de ubicar esta afectación emocional, también anexa la afectación patrimonial, ya que muchos padres, podrían desinteresarse de las obligaciones o manutenciones para con sus hijos. Adicional a ello, el entrevistado 9 menciona que también podría darse el caso que el padre que es suspendido de la patria potestad y, por consiguiente, se desentienda de volver a recuperarla. Entonces, podemos rescatar que muchos de nuestros entrevistados, rescatan distintas

consecuencias, dándonos a entender que el interés superior del niño, es un principio o precepto de mayor importancia ante cualquier situación jurídica que se pueda presentar.

Por último, nos toca desarrollar la **quinta pregunta**, tiene fin de saber si hay conectividad entre la relación paterno filial con la relación entre los cónyuges en cuanto a los derechos y deberes que nacen a partir del matrimonio, al respecto, aquí si podemos recatar respuestas muy interesantes. En primer lugar, se puede decir que hay comentarios u opiniones divididas, algunos que mencionan que si habría una relación entre la relación paterno filial y la relación que nace de los cónyuges a través del matrimonio y otros que consideran que cada relación tendría su propia objetividad o alcances. Por ejemplo, siguiendo la línea de los entrevistados 2, 4, 8 y 9, quienes mencionarían que la relación conyugal (matrimonio) y todas las aristas jurídicas que de ella nace, está inmerso el cuidado que ambos cónyuges deben de tener para con su hijo(s), es más, como bien señala el entrevistado 1, más allá que estén casados o no, el solo tener hijos y, por consiguiente, el que se crea esta relación paterno filial; amerita que haya un cuidado entre padre e hijos.

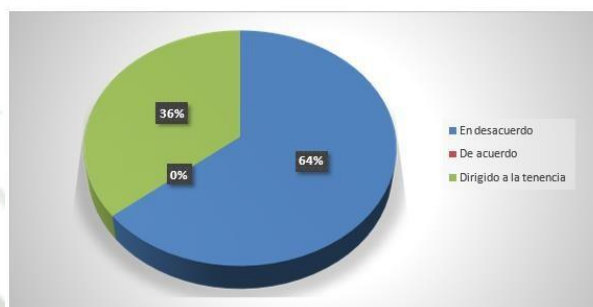
Ahora bien, el tema de la figura del matrimonio y las finalidades de la misma, implica que exista una procreación de vida (hijos), ello es tan natural como el alimentarse, respirar o vivir; como lo señala el entrevistado 10, si bien muchas obligaciones nacen fruto de un matrimonio, la relación paterno filial va más allá de un matrimonio, esta relación es la vinculación entre padre e hijo, pudiendo incluso estar los padres separados o convivir, el amor a sus hijos es un lazo más fuerte y natural. Por otro lado, también encontramos opiniones contrarias, como lo señalado por los entrevistados 5, 6, 7 y 11, al señalar que la relación filial y la matrimonial, logran tener alcances distintos, en otras palabras, el tema del distanciamiento matrimonial (divorcio) no debe de influenciar en la madurez de comportamiento de padres. Pero, aquí surge algo en cuestión, que el artículo 340 del CC o el artículo 75 del CNA, si suspende de alguna manera esta filiación, entonces, si habría una consecuencia, más allá que los padres se porten maduros después del divorcio, porque siempre habrá un padre que sea suspendido de compartir momentos con su hijo(s).

4.2. Encuestas

En este apartado se consignará las preguntas que se realizaron a los entrevistados, con el fin de calzarlos en un aspecto estadístico o probabilístico. Aquí también se tuvo en cuenta las 5 preguntas formuladas a los 11 entrevistados. Quedando conformado de la siguiente manera:

Para el caso de la **primera encuesta**, la cual está referida a saber si es el imperativo contenido en el artículo 340 del Código Civil por el cual se regula que en caso de un divorcio sanción el cónyuge culpable debe perder la patria potestad de sus menores hijos, se procede a detallar lo siguiente:

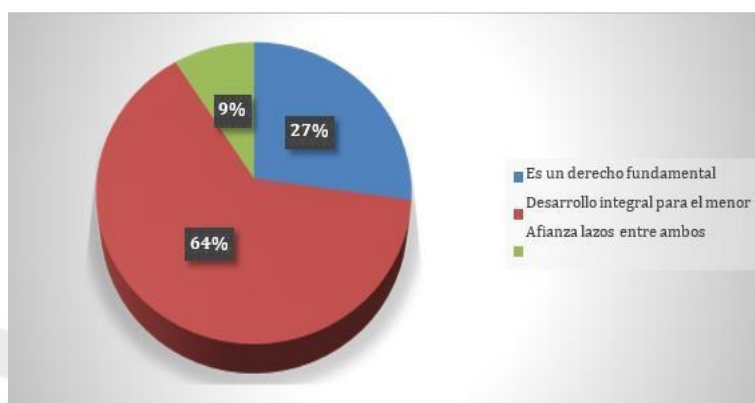
GRAFICO 1 primera encuesta



Como vemos, el 64% del total de los entrevistados, ha manifestado su rechazo o su desacuerdo con el imperativo contenido con el artículo 340 del Código Civil. Asimismo, la totalidad de ellos, ha señalado su disconformidad a lo que viene regulando este dispositivo civil. Esto se puede apreciar de las mismas respuestas de los expertos, al considerar que sí se trataría de un condicionante que, a la larga, terminaría perjudicando el desarrollo del menor. Sin embargo, más allá de esta división, llama completamente la atención que todos los magistrados que han formado parte de la encuesta, prácticamente hayan considerado erróneo el primer párrafo del artículo 340 del CC cuando establece que los niños se confían al cónyuge inocente y que el otro queda suspendido en la patria potestad, ello de alguna u otra forma, refleja el imperativo que tendría este artículo. Por otro lado, un 36 % de estos, considera que el artículo 340 del Código Civil, estaría enfocado para el tema de tenencia; sin embargo, consideramos que se estarían olvidando del tercer párrafo de dicho artículo, que atendería para casos de la patria potestad.

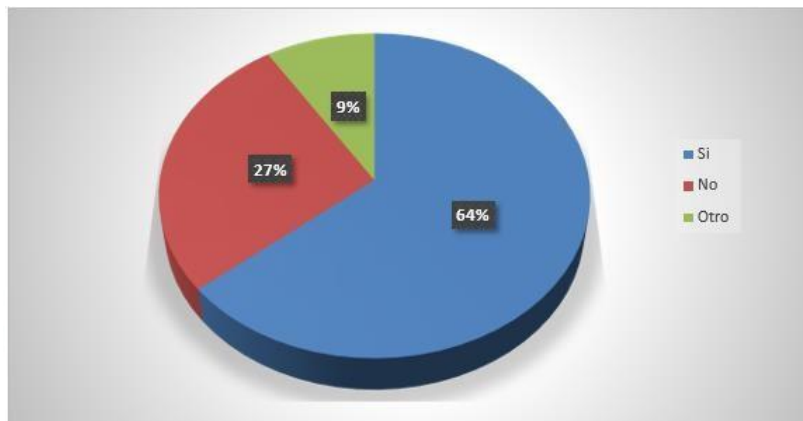
Para el caso de la **segunda encuesta**, busca saber si es de extrema importancia la relación paterno – filial tanto para el progenitor como para los menores hijos, se logra apreciar lo siguiente:

GRAFICO 2 segunda encuesta



Así pues, respecto a esta segunda encuesta, tenemos que el total de los entrevistados se encuentran de acuerdo con señalar que la relación paterno filial es básica y de suma importancia, sobre todo para los niños y adolescentes, ya que con la cercanía y relación constante entre progenitores e hijos se afianza el desarrollo integral de estos últimos; por tanto, llama poderosamente la atención que la norma materia de análisis restrinja esta relación paterno filial y más aún por causas ajenas a los menores que solo involucran a los ex cónyuges. Ahora, detallando lo expresado en el presente gráfico, podemos apreciar que más de la mitad de nuestros entrevistados (64%), considera que el criterio con más preponderancia entre la relación paterno – filial, es lo referido al desarrollo integral del menor. Justamente, esta relación o conexión, la cual nace a raíz de la filiación, basándose en el aspecto natural y jurídico (sobre todo el primero) que se forja entre un padre y su hijo, se es necesario que todo padre pueda contribuir en el desarrollo de su menor, más aún, porque este último, durante muchos años, logra estar inmerso en un estado de desprotección o vulneración, tanto en su salud, educación, recreación, etc., siendo el padre o la madre, quien tendrá que velar por estas disposiciones.

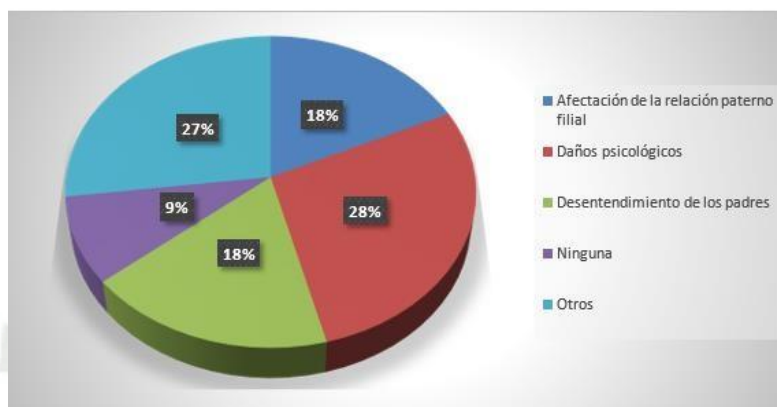
Para el caso de la **tercera encuesta**, donde se pretende saber si el artículo 340 del Código Civil en la disposición señalada, vulneraría el principio del interés del niño, se cuenta con los siguientes resultados:

GRAFICO 3 tercera encuesta

Respecto a esta tercera encuesta, nos toca decir que existirían algunas opiniones muy relevantes que ameritan que se pueda dar distintos resultados, por ejemplo: un categórico 64% considera que sí habría una afectación en el Interés Superior del Niño en cuanto a la suspensión de la patria potestad, es decir, el artículo 340 del Código Civil en cuestión, no trata de ser un aliado o benefactor del principio antes mencionado. Por otro lado, un 27% considera que, de manera persé, no habría una afectación, toda vez que, nuestros encuestados consideran que tal afectación podría darse con el transcurrir o pasar del tiempo, al ser una medida que sí podría ser considerada muy condicionante. Pero podemos inferir que sí cabría la posibilidad de percibir esta afectación, sea de manera directa o indirecta. Entonces, se puede prever que más allá que la afectación se dé desde un inicio o sea dada en el pasar de los años, lo cierto es que, si es muy probable que se llegue a afectar este principio, siendo el más perjudicado, el menor en cuestión. Por otro lado, dentro de los resultados que señalan nuestro encuestados, se evidencia la siguiente posición, en el sentido que la patria potestad y el divorcio, resultan ser instituciones o figuras jurídicas totalmente distintas; por ello, el planteamiento que traigo a colación, enfatiza la preocupación de estos (jueces), más aun, cuando está de por medio un menor.

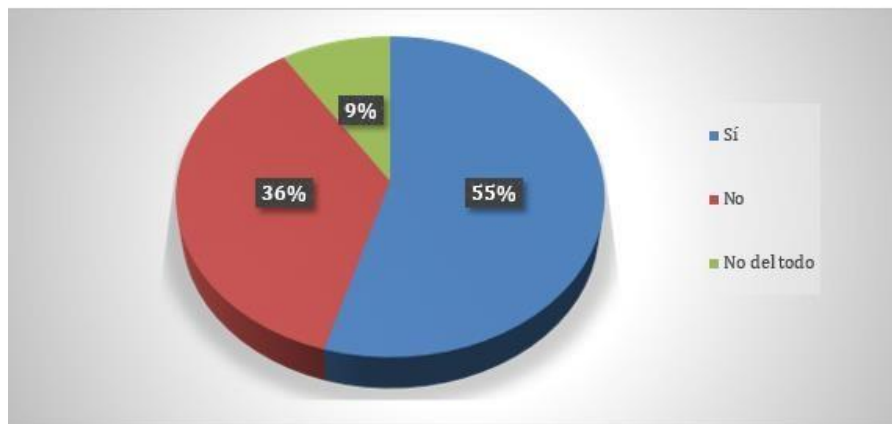
Para el caso de la **cuarta encuesta** se busca saber si habría algunas repercusiones para el menor por el hecho de que se suspenda la patria potestad a su progenitor, como consecuencia del Divorcio Sanción. A continuación, se detalla los siguientes resultados:

GRAFICO 4 la cuarta encuesta



Por su parte, esta pregunta estaba destinada a conocer el tipo de consecuencias que podía acarrear la suspensión de la patria potestad, y los 11 magistrados han repartido su postura entre consecuencias medianas para graves. No hay encuestado que haya establecido que no existen consecuencias, así estas sean leves. Dentro de estos resultados, podemos identificar las siguientes repercusiones: en primer lugar, esta lo concerniente a la afectación de la relación paterno filial (18%), aspecto que ya estaría siendo muy tocado o afectado. Muchos olvidan que esta relación jurídica y, sobre todo, natural; resulta ser la base para que distintas relaciones familiares puedan florecer de la mejor manera; otro aspecto sería el tema de los daños psicológicos (28%), una repercusión que no solo afectaría al menor, sino también, al propio padre; otro punto está referido al desentendimiento de los padres (18%) justamente porque ante una suspensión de la patria potestad, muchos padres logran olvidarse de su condición u obligación de padre, ello sería un gran factor para esta investigación, la cual, estaría en contra de lo establecido por el Interés Superior del Niño. Con esto podemos afirmar que la suspensión de la patria potestad siempre va a traer consecuencias perjudiciales para los menores y, por tanto, su impedimento, suspensión o prohibición solo puede deberse a circunstancias muy fuertes y en las que se incida directamente sobre el menor. Por lo tanto, no sería apropiado restringir o suspender de esta forma la patria potestad, vínculo natural que se da entre padre e hijo. Es más, queda evidenciado la posición de los magistrados y funcionarios que casi todos los días se encuentran con estos casos, donde se concibe la idea de que el único perjudicado es el menor. Por último, para el caso de la **quinta encuesta**, se busca saber si hay alguna conectividad entre la relación paterno-filial y la relación que debe existir entre los cónyuges en cuanto a los derechos y deberes que nacen a partir del matrimonio. Podemos rescatar la siguiente imagen.

GRAFICO 5 quinta encuesta



Por último, podemos ver que, en cuanto a la quinta pregunta, destinada a conocer si existe o no relación entre el divorcio y la patria potestad se tiene que, del total de entrevistados, un 36% ha señalado que no existe la mencionada conexidad y, por tanto, es fácil deducir que no se puede coaccionar la patria potestad a los problemas que llevaron al divorcio entre cónyuges. No obstante, este porcentaje demostraría la concepción que muchos magistrados tendrían. Sin embargo, esta unión entre los progenitores, los cuales, más allá que estén casados o no, antes que nada, decidieron procrear a un menor, es decir, asumieron las consecuencias que esta unión traería. Si bien el divorcio se da en la esfera propia de la pareja, ello muy bien podría traer a colación algunos aspectos externos al desarrollo o desenvolvimiento del menor, y sumándole el tema de la suspensión de la patria potestad a uno de los progenitores, terminaría por empeorar este panorama. Por otro lado, un 55% afirma que, si existiría una conexidad, al señalar que de esta patria potestad se infiere deberes y obligaciones que nacen propiamente desde que los progenitores se enteran que son padres, más aún, cuando hay de por medio un matrimonio; por lo tanto, el querer realizar un divorcio, estaría condicionado a que exista un daño o vulneración posterior.

4.2.1. Discusión de resultados

Habiendo cumplido con analizar el total del marco teórico y la presentación y análisis de los instrumentos metodológicos correspondientes, toca ahora dar respuesta al objetivo general materia de investigación. Claro está, habiendo desarrollado previamente el análisis de los objetivos específicos que se presentan a continuación: Así pues, en relación a nuestro primer objetivo específico (analizar cuáles son los efectos jurídicos que acarrea un divorcio sanción respecto a los cónyuges y respecto a los hijos), es necesario poder adentrarnos a unos aspectos generales, los mismos que nos ayudarán a ilar nuestra respuesta específica. En

primer lugar, debemos hacer hincapié en lo que significa la figura del divorcio. En términos sencillos, se trata de la disolución o fin del vínculo matrimonial; asimismo, implica la pérdida de otros beneficios o derechos que nacen a razón del matrimonio, como el tema de derechos sucesorios, pensionarios o patrimoniales. Como señaló Castillo y Torres (2013), el divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial pronunciado por la autoridad correspondiente, previa demanda o solicitud de uno de los cónyuges. No obstante, en algunos casos, se sabe que el divorcio no solo es una decisión unilateral, sino también bilateral.

Ahora bien, habiendo dejado por sentado el significado propio del divorcio, y buscando dar respuesta a este objetivo, es importante poder distinguir los dos sistemas clásicos de divorcio adscritos en la normativa: el divorcio remedio y el divorcio sanción. Para fines de nuestra explicación, empezaremos por detallar de manera concisa lo referido al divorcio remedio para luego pasar al otro tipo de divorcio. Así pues, el divorcio remedio, en términos sencillos, es el conflicto propiamente en sí, es el divorcio, sin que interese otra causa o motivo que, de origen a ello, o como lo señaló Cabello (2001) ha de interesar únicamente causas objetivas, es decir que se verifica el acuerdo de ambos cónyuges para poner fin al vínculo matrimonial, donde consideren que existió una causal genérica, objetiva o de una verdadera relevancia que impida seguir con la convivencia; no va a importar mucho los responsables o causas ajenas al conflicto, lo que ambos cónyuges quieren y buscan es el divorcio.

No obstante, en el divorcio sanción, la figura si resulta ser un poco más estricta y minuciosa, toda vez que aquí sí importa la causa o motivo por el cual se está poniendo fin al vínculo matrimonial, es decir que la causa del conflicto termina siendo la causa del divorcio. Como precisó Aguilar (2008) se produce un divorcio sanción porque se da precisamente en mérito a causales específicas que la norma lo contempla, ya que importa mucho qué cónyuge tuvo la responsabilidad en el conflicto, buscar y analizar la causa del meollo matrimonial. Por otro lado, como bien explico el autor antes mencionado, para buscar sancionar a un cónyuge y considerarlo responsable, se debe tipificar bajo ciertos supuestos que la norma señala, y así poder concatenar la sanción (divorcio) a determinado cónyuge. Por lo tanto, en este tipo de divorcio siempre existirá un cónyuge culpable y un cónyuge inocente.

Así pues, podría considerarse propicio este lugar para referirnos de manera breve y concisa a cada uno de los elementos del divorcio sanción, los cuales son: el cónyuge inocente y el cónyuge culpable. En el caso del primero, se trataría del cónyuge afectado, aquel que sentiría un menoscabo interno a raíz de una determinada conducta que haya podido realizar su pareja,

por el cual buscará invocar la causal correspondiente que esté ligada a la conducta que hizo u omitió el cónyuge culpable. Por otro lado, el cónyuge culpable sería aquel que, por su conducta arbitraria motivada o no, incurre en alguna de las causales que la norma establece para poner fin al vínculo matrimonial. En pocas palabras, este cónyuge es quien causa la disolución del vínculo matrimonial, el responsable del divorcio y será el cónyuge al que se le impongan las sanciones correspondientes. A pesar de todo, y siguiendo la jurisprudencia nacional, en la Casación N°1025-93 dice “si bien el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio tratándose de separación por causal específica, también es cierto que la norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido” (1993), es decir, el cónyuge culpable podrá reconfirmar este pedido; no obstante, no se liberará de las reparaciones que le serán pasibles.

A raíz de esta concepción se buscará determinar las consecuencias o efectos jurídicos que pueda enmendar un divorcio sanción, los cuales nacen por la infracción que realiza un cónyuge, y que se pueden contemplar en el artículo 333 del Código Civil que tienen un carácter sancionador. Asimismo, se busca imputar al cónyuge culpable la causa de la separación, siendo esta una razón suficiente para la aplicación de ciertas restricciones como medidas punitivas y la más importante la suspensión de la patria potestad. Por último, es propicio señalar que, de las trece causales establecidas en el artículo 333 el Código Civil, las once primeras van referidas al divorcio sanción y las dos últimas se acogen más al divorcio remedio. Ahora bien, después de haber abordado nociones previas, podemos dar respuesta a nuestro objetivo específico. Como se dijo líneas antes, una de las consecuencias o efectos jurídicos que puede traer a colación el divorcio sanción es justamente la suspensión de la patria potestad; no obstante, habrá otras consecuencias que se puedan vislumbrar, las cuales pasaremos a detallar a continuación:

Pues bien, de todo lo estudiado hasta el momento, podemos colegir algunas consecuencias o efectos jurídicos producto del divorcio sanción y los cuales les serán pasibles a los cónyuges como a los propios hijos:

- Efectos jurídicos entre cónyuges:
- Disolución del vínculo matrimonial: es decir, se pone fin a este vínculo, por lo que los ahora excónyuges podrán retomar una nueva relación o contraer nuevas nupcias, si ellos lo prefieren así.

- La extinción del derecho de llevar el apellido del esposo y la extinción de la afinidad colateral: con la disolución del vínculo matrimonial, la cónyuge retoma sus apellidos correspondientes, sobre todo el materno. Por otro lado, se lograr extinguir cualquier relación o roce de afinidad que surgió dentro del matrimonio, con las familias de cada uno de estos.
- Pérdida de los derechos hereditarios: como bien señala el Código Civil, en el artículo 353, “los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí” (1984).
- El daño moral: otro efecto jurídico que puede darse a raíz de un divorcio es el tema que él o la cónyuge inocente podrá requerir la indemnización al juez por dicho daño. Dicha indemnización es una asignación económica.
- Obligación alimentaria: si el cónyuge inocente se encuentra imposibilitado o escaso de la concurrencia de bienes propios o no se encuentre en las suficientes condiciones para poder solventarse, el cónyuge culpable está obligado a otorgarle una pensión alimentaria establecida por el juez, a partir de las ganancias:
- Efectos jurídicos hacia los hijos:
 - Pérdida de la patria potestad: como bien analizamos en todo el trabajo investigativo y en apoyo al artículo 340 del Código Civil, cuando se da cabida al fin del vínculo matrimonial (sobre todo un divorcio sanción), el cónyuge culpable se ve suspendido de ejercer su derecho de patria potestad y los hijos son asignados al cónyuge inocente salvo por determinadas circunstancias el juez ve conveniente asignar a todos o alguno de los hijos al otro cónyuge. Como hemos indicado, la patria potestad, queramos o no, se verá afectada para el cónyuge culpable, a causa de la infracción cometida al vínculo matrimonial, es decir, no solamente es una disolución o cese de la relación entre los cónyuges, también influenciará en la relación paterno filial con su hijo. El juez a cargo, siempre tendrá que analizar el caso en concreto, velando siempre por el interés superior del niño o adolescente.
- La obligación alimentaria de padres a hijos: asimismo, otro efecto jurídico del divorcio sanción y que de alguna manera influye en la relación de padres a hijos es el hecho que, al finalizar este vínculo matrimonial, surge la situación de que los padres del menor seguirán cumpliendo con la obligación alimentaria hacia su hijo(s). Esta puede ser asignada a ambos padres o a uno de ellos. Los padres están en la obligación de cumplir, dado que, con la entrega o abono de dicha pensión, se va a afrontar las necesidades del menor como son la alimentación,

educación, vestimenta, salud, entre otras para su sustento. Debemos concluir indicando que esta obligación se mantiene a pesar de que el padre o madre haya perdido la patria potestad.

Por lo tanto, podemos decir que los efectos jurídicos que trae como consecuencia el divorcio sanción tiene un efecto negativo. Es cierto, el divorcio termina siendo una decisión que nace unilateral o bilateralmente, sea a causa de una conducta motivada o no; sin embargo, sus efectos jurídicos tienen fuertes implicancias en los cónyuges, y de ser el caso, en sus hijos.

Ahora bien, continuando con el desarrollo del presente ítem, nos toca desarrollar lo referido al segundo objetivo que consiste en establecer cuál es la naturaleza jurídica e importancia de la patria potestad para la relación paterno filial. Aquí también empezaremos por desarrollar aspectos y conceptos generales que nos conduzcan al presente objetivo específico. En primer lugar, es necesario poder conceptualizar de manera breve lo que significa la relación paterno filial. No obstante, es propicio decir que este concepto, nace de lo concerniente a la filiación, como señaló Hinostroza (1997) la denominación más apropiada es relación paterno-filial, toda vez que, en el supuesto del menor, debe llamarse filiación, pero desde el supuesto de los padres, es propicio llamarlo paternidad o maternidad; aun así, podemos decir que esta relación se trata de un vínculo que une directamente a padres e hijos.

Quedando claro todo ello, podemos decir que esta relación paterno-filial nace directamente de la propia relación natural que se da entre padres e hijos, desde la perspectiva del derecho natural. Ahora bien, dicha relación en nuestra actualidad, cumple una función tuitiva, es decir, guarda, ampara y defiende el propio derecho natural de la relación entre padres e hijos, positivizándolo a tal punto que, además de ser considerado como un derecho (propio de padres e hijos), también tiene una fuente de obligación que ha de ser cumplido. Por lo tanto, la finalidad o alcance de esta relación se enfoca en esta conexión o vinculación que tiene una persona (hombre o mujer) desde el momento en que se entera o conoce de la existencia de su hijo.

Entonces, habiendo dejado por sentado de manera breve la conceptualización y alcance que reviste la relación paterno filial, entendiendo que esta ha de ser percibida desde un enfoque natural y positivo; es momento de delimitar la figura de la patria potestad. En primer lugar, qué deberíamos entender por esta institución jurídica. Pues bien, en palabras sencillas, se trata de una figura jurídica (positivizada) donde se desprende la concurrencia de derechos y obligaciones y que, a su vez, reconoce a los padres como los cuidadores de la integridad personal y bienes de sus menores hijos. Como lo señaló Bermúdez (2012) la patria potestad

implica una serie de deberes y derechos que tienen los progenitores sobre la persona y patrimonio de sus hijos. Aunado a ello, se busca que exista una protección y correcto desarrollo o formación integral de sus hijos hasta que estos cumplan la mayoría de edad o se hayan emancipado. A nivel normativo, podemos extraer lo dicho en el artículo 418 del Código Civil peruano, al señalar que la patria potestad concibe a los padres el deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores; asimismo que este ejercicio será realizado de manera conjunta, es decir, por ambos progenitores (art. 419 CC).

Así pues, habiendo conceptualizado la patria potestad es importante definir o explicar lo concerniente a su naturaleza jurídica, la cual, como señaló Méndez (1990), es un derecho subjetivo que confiere la facultad y el poder de proteger y cuidar a los hijos haciendo uso del principio de autoridad que tienen los padres. Asimismo, esta institución procura que el interés familiar y el poder que se le confiere a los padres para el ejercicio de este derecho, tenga un reconocimiento legal; por lo tanto, esta característica centra su naturaleza en el tema referido al “poder” que ejercen los padres sobre sus hijos, pero no desde un aspecto literal, sino desde la línea proteccionista y tuitiva.

Por lo tanto, podemos señalar que la patria potestad reconoce el poder o autoridad subjetivo e innato que un padre o madre ejerce sobre su menor hija o hijo, pese a que dichos progenitores tengan o no relación convivencial. Como bien señala Lefebvre (2019) la patria potestad siempre estará encasillada por los derechos y obligaciones que los padres tienen con sus hijos, por el simple hecho de ser los progenitores; por lo tanto, esta figura jurídica, no desaparecerá ni por la separación o divorcio de sus progenitores, ellos siempre continuarán cultivando esta potestad en sus hijos, hasta que cumplan la mayoría de edad o se emancipen. Sin embargo, el artículo 340 del Código Civil, generaría que ello pueda romperse, al determinar esta suspensión de la patria potestad, la cual, a nuestro parecer, generaría un perjuicio.

Ahora bien, cabe hacernos el siguiente interrogante: ¿de dónde nace este cuidado o “poder” que ejercen los padres sobre sus menores hijos? De la propia filiación o relación paterno-filial o como bien lo señaló Varsi (2012) la patria potestad se concebiría como la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial. Justamente, porque no cualquier persona podría estar al cuidado de un menor, sino que esto únicamente lo debe realizar el propio progenitor. Por otro lado, a nuestra legislación le importa mucho el cuidado o protección que debe revestir esta relación natural (relación paterno-filial), por ello como se mencionó líneas antes, es una

relación que cumple una función tuitiva; no obstante, la figura que enaltece esta función es propiamente la patria potestad, es decir, esta figura jurídica cumple un rol valioso concerniente a procurar que exista un interés, poder o autoridad que es ejercido o conferido a los padres y que, a su vez, sea trasladado a sus menores hijos.

Entonces, la importancia que tiene la patria potestad para la relación paterno filial, más allá de haber señalado que nace propiamente de esta relación natural de padre e hijo, tiene una explicación garantista o tuitiva. El hecho de no dejar de lado el cuidado que debe tener el menor, parte de esta relación que estaría en un desnivel o situación desfavorable porque un menor no puede desarrollar una tarea independiente, no podría realizarse o valerse por sí mismo a nivel económico o laboral, por lo que quiera o no, siempre va a depender de sus progenitores. Es por ello que, a estos últimos, se les asigna este “poder” o autoridad progenitora, para que pueda ser ejercida en sus menores hijos, hasta que estos cumplan la mayoría de edad o se hayan emancipado.

Nuestro tercer objetivo es verificar si es que existen diferencias entre la relación entre cónyuges y la relación paterno filial, dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, para poder dar respuesta a este objetivo, es propicio separar cada una de estas figuras jurídicas: conceptualizándolas y explicando el fin o alcance que cada una de estas relaciones ostenta. Por otro lado, sería redundante volver a definir la relación paterno filial porque en el anterior objetivo procedimos a desarrollarla. No obstante, si quisiéramos encuadrarlo dentro de los parámetros normativos y analizar en qué punto de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra la relación paterno filial, debemos recurrir al Código Civil específicamente en el Libro III referido al Derecho de Familia. En él se logra especificar y visualizar que existen dos tipos de relaciones filiatorias que son resguardadas en nuestro ordenamiento jurídico mediante la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial.

El primero de ellos se da prácticamente cuando los hijos nacen dentro del matrimonio y, aunado a ello, el artículo 361 del Código Civil menciona que el hijo o hija que nace dentro del matrimonio o trescientos días después a la disolución de este (divorcio), tiene como figura paterna al marido o esposo. Por otro lado, la filiación extramatrimonial ocurre cuando los hijos o hijas nacen fuera de un matrimonio; así pues, como señaló Gutiérrez (2018), su establecimiento o concepción filiatoria no será de manera automática; asimismo, no existirá una presunción de paternidad como lo habría en la filiación matrimonial. Por eso, para que este reconocimiento filiatorio pueda darse, tal como lo señaló Monge (2020), es necesario

la presencia de un elemento supletorio, ya sea la expresión o acto voluntario de reconocimiento, es decir que el presunto progenitor declare voluntariamente que es el padre de determinado niño o niña, o que este reconocimiento sea declarado por la decisión de un juez. Así pues, habiendo delimitado el tratamiento normativo que está relacionado a la concepción de la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial y de la misma figura jurídica de filiación en sí, entendida como la vinculación natural y positivizada entre padres e hijos; debemos de entrar al campo de la regulación que se tiene en mérito a la institución del matrimonio porque circunscribe la relación que se da entre los cónyuges. En primer lugar, para poder entrar en detalle concerniente a la relación conyugal, es correcto definir la entidad propia del matrimonio, para ello, comenzamos por preguntarnos: ¿qué es el matrimonio? De manera breve, el matrimonio se trataría de la unión de un hombre y una mujer, mediante la concretización de una ceremonia o acto formal que, a su vez, reviste de una seguridad jurídica y que dicha unión establecerá, sustentará y mantendrá una comunidad de vida y de intereses. Como bien lo señaló García (2013), el matrimonio pese a ser esta unión que conecta a dos personas tanto en vida y en desarrollo, no tiene autonomía propia de un derecho constitucional específico, pero está comprendido y protegido dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que todas las personas tienen el derecho a casarse cuando ellos vean conveniente si cumplen con los requisitos de esta institución.

Por otro lado, queda claro que el matrimonio, más allá de unir en sociedad a dos personas, permite ser una relación conyugal donde se logra dar sustento a un cumplimiento y compromiso que los mismos cónyuges deberán de realizar. Ante ello, es que, a dicha relación conyugal, también le será pasible la presencia de deberes y derechos, axiomas que catapultan a una relación conyugal y permite conocer la finalidad o alcance de la misma. Algunos derechos y deberes serían los siguientes:

- Deberes: Fidelidad, Cohabitación, Asistencia, Obligaciones de los cónyuges con los hijos.
- Derechos recíprocos de ambos cónyuges: Dirección y gobierno del hogar conyugal, Fijación y cambio del domicilio conyugal, Representación de la sociedad conyugal, Decisiones sobre la economía doméstica y Sostenimiento del hogar conyugal, Ejercicio de las actividades económicas o profesionales de los cónyuges.

Por lo tanto, queda claro que, dentro de esta relación conyugal, se podrán visualizar distintas acepciones o alcances que no necesariamente están vinculadas a la sociedad conyugal (que se trata de otro tema), la relación conyugal demuestra el compromiso y protección que se vislumbra de parte de ambos cónyuges, por lo que el derecho y toda su eminencia trata de conservarla de la mejor manera. Asimismo, a nivel normativo, tenemos lo señalado por el artículo 234 del Código Civil, el cual señala que el matrimonio es la unión voluntaria entre un varón y una mujer, los cuales deben estar legalmente aptos para poder formalizarla, con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común; asimismo, tanto el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales. Por lo tanto, a nivel jurídico, el matrimonio responde a esta unión solemne y concreta entre un hombre y una mujer, con el fin de vivir juntos, procreen (si lo desean) y apoyarse mutuamente.

Ahora bien, habiendo desarrollado cada una de estas relaciones propias del Derecho de Familia, las cuales a primera impresión resultarían tener un contexto muy distinto, debemos de realizar la siguiente pregunta: ¿cuáles serían estas diferencias que existen entre la relación conyugal y la relación paterno filial? Pues bien, dentro de todo el estudio que se ha dado en la presente investigación, podemos mencionar las siguientes consideraciones:

Tabla 10 diferencias que existen entre la relación conyugal y la relación paterno filial

Relación conyugal	Relación paterno filial
Es la unión entre una mujer y un hombre, con el fin de poder realizar una vida en común.	Es la vinculación o unión natural que se da entre los padres e hijos, la misma que se encuentra positivizada en la actualidad.
Existe un respeto entre ambos cónyuges, fidelidad, apoyo y procreación (de ser el caso).	Existe una relación subjetiva de “poder” o autoridad, ejercida por los progenitores para con sus menores hijos, la misma que se da gracias a la patria potestad.

<p>Tendrá su fin cuando, de forma unilateral o bilateral, los cónyuges decidan poner fin al matrimonio a través de la figura del divorcio.</p>	<p>La relación paterno filial siempre perdurará, a no ser que exista el fallecimiento de alguno de los agentes, sea padre(s) o hijo(s).</p>
<p>La relación conyugal nace a raíz de esta unión voluntaria de un hombre y una mujer, de no existir esta unión, no se podría hablar de la consumación de un matrimonio.</p>	<p>La relación paterno filial nace desde que una determinada persona, se entera o conoce de la potencial existencia de su hijo. Con ella, se dará cabida a la filiación</p>

Fuente: Elaboración propia

Por lo tanto, habiendo detallado estas diferencias, queda claro que ambas relaciones si logran tener una distinción, tienen fines y alcances totalmente distintos, nacen de relaciones auténticas, y su duración de una y de otra, no son homogéneas. Es por ello que podemos concluir que sí existen diferencias entre ambas. Ahora bien, después de haber verificado estas diferencias que nuestro propio ordenamiento jurídico nos enseña y suscribe, cabría hacernos una pregunta clave: ¿habrá una relación entre estas dos relaciones? ¿cuál sería? La respuesta se presentará más adelante.

Dicho esto, nos toca desarrollar el cuarto objetivo específico de nuestro presente trabajo, el cual sería establecer si es correcto considerar la patria potestad como un efecto jurídico más del divorcio sanción. Para responder este objetivo, debemos de tener en cuenta ciertos dispositivos normativos que señala el Código Civil y otros, los cuales nos harán entender a qué se refiere el presente alcance. En primer lugar, debemos de concebir —y como lo indicamos anteriormente— que los supuestos de un divorcio sanción son activados por una causal específica que muy bien se podría encontrar debidamente enunciada en el artículo 333 del Código Civil. Las once primeras causales están ligadas al divorcio sanción y las dos últimas al divorcio remedio; buscan poner fin al vínculo matrimonial y, con ello, perder toda relación o unión conyugal que se produjo producto del matrimonio.

Aunado a esto último, y como se ha indicado a lo largo de la presente investigación (en especial, en nuestro primer objetivo específico) con la disolución del vínculo matrimonial, uno de los efectos jurídicos que se produce entre progenitores e hijos es la suspensión de la

patria potestad, y esto lo podemos percibir “por partida doble” en dos cuerpos normativos, en primer lugar, el artículo 340 del Código Civil en su párrafo tercero señala lo siguiente:

Artículo 340.- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos

(...)

El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido. (1984)

Resaltamos la tercera línea, puesto que surge a raíz de la declaración de un divorcio por causal, donde existió la presencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge inocente, en la que la norma señala que los hijos se confiarán al cónyuge que obtuvo la separación por causal específica (cónyuge inocente), siendo que, en este cónyuge, recaerá la patria potestad. Por otro, aunado a este dispositivo normativo, podemos correlacionarlo a lo dicho en el artículo 420 del mismo Código Civil, cuando señala que:

Artículo 420.- Ejercicio unilateral de la patria potestad

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

Y es que, este contenido sancionador que reviste para el cónyuge culpable, se da a través de este dispositivo antes dicho. Pero, sería bueno también poder darle una breve explicación a dicho artículo. Pues bien, como ya señalamos en reiteradas oportunidades, la patria potestad logra crear este ámbito de poderío proteccionista y cuidador que tendría el padre para con su hijo, abarcando una gama de derechos y deberes que no tendrían por qué ser limitados. Por ello, la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe sujetarse a supuestos muy estrictos. Es por eso que surge la figura del artículo 420, base normativa para el artículo 340 y su aplicación y/o ejecución.

Dicho artículo 420 del Código Civil, están referidos a una situación donde se evidencia un conflicto, por ejemplo, en el caso del resquebrajamiento de la institución del matrimonio, ya sea por un divorcio, separación de cuerpo o de invalidez del vínculo matrimonial que pueda afligir a los padres. Ante ello, este artículo menciona que la patria potestad será fijada a aquel

padre o madre quien se confía los hijos, y se suspenderá al otro progenitor, es decir, un ejercicio unilateral de la patria potestad. Por consiguiente, el propio artículo 340 del Código Civil – específicamente en su última parte – reproduce o manifiesta lo dicho por el artículo 420 del mismo Código.

Esto mismo se aclara a nivel jurisprudencial, dado por la Casación N° 719-97-Lima, cuando señala lo siguiente: “el contenido sancionador de la norma materia de análisis (artículo 340) es corroborado en forma clara por lo dispuesto por el artículo 420 del mismo Código Sustantivo (...) precisándose que la patria potestad se suspende en los casos de separación o divorcio de los padres” (F.J. 5, 1998). No obstante, si seguimos toda esta línea antes dicha, la cual no tendría mayor complejidad, la suspensión o ejercicio unilateral de la patria potestad, la cual se da a causa de un divorcio, separación de cuerpo o de invalidez del vínculo matrimonial, “no conllevan, en esencia, un juicio valorativo de la conducta del padre o de la madre para considerar que tales figuras deban aplicarse siempre a título de sanción” (Sotomartno, s.f.) es decir, habría una vinculación entre el divorcio sanción y la suspensión de la patria potestad, la cual no sería dable, salvo que el juez haya advertido un comportamiento repudiable de uno de los padres.

Por otro lado, otro cuerpo normativo, como es el caso del Código de los Niños y Adolescentes, se puede observar en su artículo 75, lo señalado a continuación:

Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad

La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:(...)

g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil. (...). (2000)

Por ende, como se puede observar del presente artículo, se menciona que la suspensión de la patria potestad se daría por un tema de separación o divorcio de los padres (progenitores). Es decir, en ambos supuestos, a raíz del divorcio por casual o sanción, es que se tiene como efecto jurídico la suspensión de la patria potestad, la cual era ejercido hasta antes de la emisión de la disolución del vínculo matrimonial, donde el cónyuge culpable será el perjudicado en este panorama. Entonces, habiendo señalado que el divorcio de los cónyuges conllevará la suspensión de la patria potestad claramente en desmérito del cónyuge culpable,

queda hacernos la siguiente: ¿será correcto tener como efecto jurídico del divorcio sanción, la suspensión de la patria potestad?

Para poder responder a este interrogante, empecemos por señalar lo siguiente: en el último párrafo del artículo 340 del Código Civil se indica que la patria potestad será suspendida en relación al cónyuge culpable, pero lo podrá reasumir si el cónyuge inocente muere o resulta legamente impedido. Al respecto, nos enfocamos claramente, en la filiación matrimonial o el matrimonio propiamente dicho, donde se da cabida a la presencia de dos cónyuges que ejercen la patria potestad en favor de sus menores hijos; no obstante, como se ha señalado líneas antes, la norma menciona que ante un divorcio o desvinculación de los cónyuges, específicamente, en un *divorcio sanción* (cursiva nuestra), existirá la concurrencia de la suspensión de la patria potestad frente a aquel cónyuge que ha resultado ser considerado como el responsable de la disolución matrimonial. Por lo tanto, es a este último, al cual la norma le suspende su poder subjetivo con relación a su menor hijo. Sin embargo, ¿sería correcto que se dé esta suspensión que, al parecer se trataría de una suspensión indefinida, según lo señalado en el tercer párrafo del artículo 340 del Código Civil? Consideramos que aquí se estaría cayendo en un error, como ya lo indicamos, no existiría una relación de manera categórica que una la relación conyugal y la relación paterno filial.

Quisiéramos traer a colación el uso de nuestros instrumentos metodológicos, por ejemplo, nuestros expertos mencionan que, si bien muchas obligaciones nacen fruto de un matrimonio, la relación paterno filial va más allá de una unión conyugal, pues esta relación (patria potestad) es la vinculación entre padre e hijo, pudiendo incluso estar los padres separados o convivir, el amor a sus hijos es un lazo más fuerte y natural. Asimismo, la relación filial y la matrimonial, tiene alcances distintos. En otras palabras, el tema del distanciamiento matrimonial (divorcio) no debe de influenciar en la madurez del comportamiento de padres. Pero, aquí surge algo en cuestión, que el artículo 340 del CC o el artículo 75 del CNA, sí suspende de alguna manera esta filiación. Entonces, sí habría una consecuencia, más allá que los padres tengan actitudes maduras después del divorcio, porque siempre habrá un padre que sea suspendido de compartir momentos con su hijo.

Rescatando otras opiniones de parte de nuestros expertos mencionan que existirían causales que resultan ser más importantes para suspender la patria potestad, como el hecho que el padre o madre suspendido tenga problemas con el alcohol, la drogadicción. Lo cual genera que no sea dable que este o esta se encuentre cerca de su menor, o los que logra señalar el artículo

75 del Código de los Niños y Adolescentes a excepción del inciso g); caso contrario, es el hecho que un padre o madre que resulte suspendido por un divorcio sanción, siendo este un padre que siempre ha cumplido con sus obligaciones o no presente adicciones o conductas antiéticas se le suspenda su patria potestad, lo cual para nosotros sería desproporcional.

El quinto objetivo específico señala analizar cuáles son los alcances jurisprudenciales sobre el divorcio y la patria potestad que brinda actualmente la Corte Suprema de Justicia de la República. Al respecto, quisiéramos delimitar algunas sentencias, de distintos tribunales de Justicia que enfatizan o profundizan lo concerniente al divorcio y la patria potestad. Para empezar, en lo concerniente a los alcances jurisprudenciales de la patria potestad y su correspondiente suspensión, quisiéramos citar la Casación N° 731-2012-Lambayeque; en ella, la Corte Suprema menciona que la suspensión de la patria potestad amerita que sea dado por la preexistencia de una omisión u acción que perjudique o desatienda las necesidades propias de un menor, como el caso de la prestación o necesidades alimentarias (inciso f del artículo 75 del Código del Niño y Adolescente), ello evidencia el desapego efectivo, violación al derecho a la vida y el desarrollo integral de un menor.

Por otro lado, tenemos lo dicho en la Casación N° 6407-2019-Cusco, concerniente a otra materia de suspensión de la patria potestad. La Corte Suprema, al igual que los fundamentos esbozados en la anterior casación señala que, para solicitar la suspensión de la patria potestad, ha de existir indicios severos y contundentes que permitan desacreditar toda aseveración del progenitor culpable. Como en la presente jurisprudencia se evidencia que la recurrente en muchas ocasiones, si bien alega ciertas suposiciones en su favor, esta no logra probarlas, es decir, de conformidad al artículo 196 del Código Procesal Civil, quien alega algo, debe de probarlo y que esto no sea al revés, siendo que la presente casación deviene en infundado.

Asimismo, en la misma línea, podemos inferir lo dicho en la Casación N° 1542-2020-Lima Norte, donde la Corte Suprema enfatiza que, para la suspensión de la patria potestad, es necesario que exista una probanza y aseveración de que verdaderamente se está cometiendo una acción u omisión que termine perjudicando el correcto cuidado del menor, como es el caso de no cumplir con la obligación alimentaria. En la presente jurisprudencia, si se logra evidenciar esta conducta omisiva, por lo tanto, se presentaría una vulneración a la integridad del menor y, conforme a lo señalado en el artículo 75 del Código del Niño y Adolescente, es apropiada la suspensión de la patria potestad.

Entonces, en relación a esta jurisprudencia que mencionamos, debemos de quedarnos con el siguiente encuadre: si bien existen miles de casos donde se enfatiza la desatención de alguno de los progenitores en relación a sus menores hijos o el hecho de ostentar conductas para nada adecuadas, esto deben ser motivo para que encaje dentro de la tipología del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes; asimismo, es necesario que el recurrente pueda justificar dichas aseveraciones, toda vez que lo que se está buscando con estos pedidos es suspender la patria potestad a algunos de los progenitores, y con ello se estaría dejando de lado que el menor pueda seguir compartiendo momentos o vivencias con su progenitor o progenitora (dependiendo del caso).

En relación a la jurisprudencia sobre el divorcio, podemos citar lo dicho en la Casación N° 1448-2012-Lima. En esta jurisprudencia lo que se discute es el divorcio por causal de separación de hecho, pero, para fines de entender esta figura jurídica, debemos quedarnos con lo siguiente: la presente casación afirma que toda persona ha de pedir su pretensión o solicitud de divorcio, teniendo en cuenta el cumplimiento de determinadas obligaciones que se hubieran pactado entre los cónyuges, como es el caso del cumplimiento de obligaciones alimentarias porque ello va a brindar seguridad y garantía a ambos cónyuges, puesto que incluso el cónyuge culpable de la separación puede invocar la separación.

Por otro lado, contamos con la Casación N° 5620-2007, la cual señala lo concerniente al pago de una indemnización, es decir, la presente jurisprudencia nos da a entender que, pese a que la parte recurrente no haya solicitado el pago de una indemnización, el colegiado Superior de este caso incurrió en un error *in iudicando* (error de fondo), al no pronunciarse respecto a los daños y perjuicios ocasionados a la cónyuge demandada, bajo el sustento que no lo ha solicitado. Todo ello, porque se busca determinar que el cónyuge inocente o perjudicado por la separación, pueda afrontar y superar la frustración del proyecto matrimonial, la aflicción de los sentimientos y las dificultades económicas que pueda padecer. Asimismo, es necesario entender que, para buscar la obtención de una indemnización, es necesario delimitar quien es el cónyuge perjudicado, como lo señala la Casación 1859-2009-Lima, que fijó principios jurisprudenciales, sintetizando dentro de ellos el hecho de identificar y corroborar quién es el cónyuge perjudicado, con el fin de delimitar el pago de una indemnización.

Por lo tanto, de las casaciones estudiadas se ha corroborado que estos pedidos de divorcio, sea por la causal que se invoque en el artículo 333 del Código Civil, para empezar, deben estar debidamente sustentadas. Como lo señalamos líneas antes, un divorcio sanción o por

causal, se debe a la presencia de una causal específica, por lo tanto, su delimitación siempre ha de ser importante para la obtención de la misma. Por otro lado, si bien el divorcio, al poner fin al vínculo matrimonial, deja de lado ciertos derechos que surgieron a razón del matrimonio, ello no quiere decir que no se cumpla con las obligaciones que se tuvieron que cumplir antes de la emisión de la sentencia de separación, como es el caso del cumplimiento de la obligación alimentaria y demás. Por último, es necesario sustentar el pago de una indemnización, todo aquel cónyuge inocente o perjudicado que considere un detrimento en su proyecto de vida, debe de sustentar este pedido, junto con los demás medios de prueba que pueda señalar, asimismo, los juzgados deberán de pronunciarse en ese aspecto así los recurrentes no lo hagan.

No obstante, surge a colación lo dicho por la Casación N° 719-97-Lima, la cual tiene como antecedente, el caso nuestro. En la presente, la Sala Suprema, advierte del contenido dado en el artículo 340 del Código Civil, el cual, está en concordancia con lo dicho en el artículo 420 del mismo cuerpo normativo (como lo advertimos líneas antes); donde se da la presencia de un cónyuge culpable, al cual se le debe de suspender la patria potestad. La Corte Suprema resulta ser muy categórico en su decisión y/o motivación al considerar que la norma es muy clara en su ejecución, señalando que “en los casos de separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges, constituye un efecto o consecuencia de tales supuestos (suspensión) cuyo cumplimiento no admite pactarse en sentido contrario ya que, además, no se trata de una separación convencional.” (Casación N° 719-97-Lima, FJ. 7, 1998).

Entonces, si bien hemos traído a colación distintas Cesaciones que especifican de manera diferencia la patria potestad y divorcio, quedó en claro que para que logre darse cabida a la finalización de ambas instituciones, si delimitamos que es necesario que exista circunstancias muy bien motivadas para aplicar dicha finalización. No obstante, en la Casación N° 719-97, si se logra unir estas dos figuras y señalar que si existiría una vinculación entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad. para lo cual, se trata de una manifestación totalmente errada. Siendo que dicha Casación no tendría por qué seguir aplicándose, más aún, porque utiliza un dispositivo normativo que trata de perjudicar la naturaleza de la patria potestad.

Por último, es momento de dar respuesta a nuestro objetivo general, el cual es determinar cuál es la vinculación entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad, conforme lo establecido en el artículo 340 del Código Civil. Lo primero que ha quedado

acreditado tanto con las bases teóricas sentadas y la encuesta formulada, es que la relación paterno filial es un lazo fundamental y natural entre padres e hijos y, pese a tener un matiz jurídico porque en su desarrollo va a tener consecuencias jurídicas, siempre va a ostentar un trasfondo incluso anterior, ya que esta relación tiene su origen en el vínculo sanguíneo entre un padre e hijo. Dicho de otro modo, por más que la relación entre padres e hijos merezca el pronunciamiento del derecho, no significa que solo sea una relación jurídica, sino que como repetimos traspasa esta delimitación y pasa a ser una institución inherente al ser humano y en los afectos y cariños naturales que tiene ya sea como padre o hijo. Así, por tanto y solamente tomando la naturaleza natural de la relación paterno filial, es que podemos determinar que el ordenamiento legal no puede coactar o privar de manera deliberada o superficial el lazo afectivo de cercanía entre un padre y su hijo, pues esto sería ir en contra de la propia naturaleza humana de ambos involucrados.

Y precisamente esta relación paterno filial es la que se intenta proteger y regular en el derecho a través de la patria potestad, entendida esta como aquel lazo o unión entre progenitor e hijo y que subsume los derechos facultades, pero también obligaciones que los padres deben asumir con sus niños hasta que alcancen la mayoría de edad. Ahora bien, la patria potestad y todas las demás instituciones donde se involucra intereses de menores responden a una tutela constitucional como viene a ser el artículo 4 de la Carta Magna de 1993, el mismo que regula textualmente la protección a los niños, adolescentes y a la familia; por tanto, podemos establecer que el Estado tutela la relación paterno filial, la protege y la procura, coligiendo así que la regla general es proteger la unión de papás con hijos y la excepción es que solo se rompa esta unión por causas establecidas en ley. Y precisamente dentro de esas causas se encuentran la suspensión y privación de la patria potestad.

Por otro lado, hay que tomar en cuenta que el divorcio es una institución excepcional dentro del ordenamiento y que se produce ante la imposibilidad de seguir llevando adelante el estado matrimonial. Como bien lo han referido los entrevistados la disolución del vínculo conyugal tiene una naturaleza que atañe únicamente a los esposos y no a los demás miembros de la familia. Por tanto, tenemos que detallar el rasgo distintivo entre las instituciones jurídicas del divorcio y la patria potestad en conflicto en el artículo 340 del CC. Así tenemos:

Tabla 11 Causales

Casuales	Interpretación
El adulterio	En este supuesto, considero que es una decisión que se enmarca únicamente a los cónyuges, por lo tanto, no podría ser motivo de una suspensión de la patria potestad
La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias	Esta causal de divorcio, implicaría que el cónyuge culpable también pueda – potencialmente – violentar contra el menor, por lo tanto, este supuesto si sería meritorio de una suspensión de la patria potestad.
El atentado contra la vida del cónyuge	Al igual que el anterior caso, el cónyuge culpable podría estar en la situación que también este en la potencial condición de atentar contra la vida del menor. Por lo tanto, es manifiesto para una suspensión de la patria potestad.
La injuria grave, que haga insoportable la vida en común	Este supuesto se trataría de la relación única entre los cónyuges, una situación que solo implicaría a estos últimos, por lo tanto, no sería meritorio de una suspensión de la patria potestad.
El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo	Este abandono no solo implica que se aleje del ámbito conyugal, dentro de ello, es factible que estén involucrados los hijos, por lo tanto, habría un abandono no solo al cónyuge sino también, al propio hijo, por ello, si sería meritorio para que se dé una suspensión de la patria potestad.
La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común	En este supuesto, va a depender mucho del criterio que pueda tener el magistrado, siendo que es una causal que implica mucha subjetividad entre el recurrente o accionante. Pero si sería pasible y/o factible para que se pueda solicitar la

	suspensión de la patria potestad.
El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347	En este caso, se traduciría como un supuesto para nada ejemplar para con los menores. Si bien es el cónyuge culpable el que consume estas sustancias, se trataría de conductas muy bien copiadas por otras personas, por lo tanto, no cabría sorpresa si el hijo(s) imiten esta situación. Por ello, si se trataría de un supuesto de suspensión de la patria potestad.
La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio	En este supuesto, lo tratamos como un caso muy riesgoso, no solo para el cónyuge, sino también, para los hijos, siendo que todos ellos logran vivir en un mismo hogar. Por lo tanto, si se trataría de una causal para la suspensión de la patria potestad.
La homosexualidad sobreviniente al matrimonio	Considero que toda orientación sexual ha de ser manifestada cuando la persona logre cumplir con la mayoría de edad. A partir de allí, la persona podría hacer su libertad sexual como bien le parezca. Por lo tanto, visualizar estas conductas u orientaciones por parte del menor, cabría en una imposición o apología a su libre desarrollo. Por ello, si se trataría de una causal de suspensión de la patria potestad.
Condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio	Al igual que otras causales, se refiere a temas para nada ejemplares, por lo general, sin ánimo de estigmatizar a la sociedad, se ha evidenciado que los padres que logran estar en prisión por algún delito doloso, logra ser un indicio de copia por parte de los sucesores. Ante ello, para evitar estas conductas anti éticas, se debería de suspender de la patria potestad de aquel padre que esto privado de su libertad.

<p>La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial</p>	<p>Se trata de una situación netamente vinculada para los padres. No siendo una causal para que se suspenda la patria potestad. Al igual que la primera y cuarta causal, se enfocan en la conducta que puedan reflejar los propios cónyuges.</p>
---	--

Fuente: Elaboración propia

Habiéndose delintado ello, consideramos que no todas las causales del artículo 333 del CC logran ser pasibles para una suspensión de la patria potestad y, por ende, que se aplique el artículo 340 del CC o lo dicho en el artículo 75.g del CNA. Es por ello que, en nuestro Proyecto de Ley, consideramos que no estos los supuestos que enmarca el artículo 340 del CC serian pasibles para una suspensión de la patria potestad. Asimismo, es debido modificar lo dicho en el artículo 466.4 del CC, al considera que la suspensión de la patria potestad se podría dar a causa de lo dicho en el artículo 340, empero, se podría dar cabido a ello, siempre y cuando, existan un estudio debido, al señalar que no todas las causales son motivo de una suspensión de la patria potestad a causa de un divorcio, sino únicamente los establecidos en los numerales 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 333, por las razones antes expuestas (cuadro de referencia). Así también, el artículo 420 del CC, tendría que ser también modificado, justamente, porque es necesario que se tenga en consideración la división interpretativa de una causal y otra que especifica el artículo 333 del CC, justamente, porque llegamos a la conclusión que no todas ellas merecen ser pasible de una causal de suspensión de la patria potestad.

Por último, y ya como un enfoque de recomendación; dentro de los casos de suspensión de la patria potestad, el magistrado logra – en ciertas ocasiones – delimitar la suspensión de esta patria potestad por motivos que no logran ser expresados en los fundamentos jurídicos que se establece en la demanda. Por ejemplo, el demandante alega un fundamento jurídico “a” y la parte demandada alega que no existe base para lo dicho en el fundamento jurídico “a”, sin embargo, el juez resolvería su caso por un fundamento “b” el cual, ni estaría cerca de ser considerado como una controversia al proceso. Como bien lo señaló Zufaleta (2017) la decisión sorpresa es “una decisión fundada en premisas que no fueron objeto del debate previo o respecto de las cuales no se tomó conocimiento previo alguno en el proceso en el que se dictó” (p. 24). Se trataría de una decisión que “sorprende” a las partes procesales y, por lo tanto,” afectaría el derecho de defensa y el principio de contradicción”. (Prado y Zegarra, 2019, p. 298). Por ende,

es necesario que el magistrado tenga en cuenta los supuestos que traemos a colación en este trabajo, en el sentido que existen casuales del artículo 333 del CC que, si valdrían para la imposición del CC, y será labor de las partes y, sobre todo, del juez; poder encomendarlas y dirigir las de la mejor manera.



CONCLUSIONES

Primera: Se ha determinado que no existe una vinculación directa entre la causa del divorcio sanción y la afectación a la patria potestad, conforme a lo establecido en el artículo 340 del CC, toda vez que, el divorcio obedece a una situación propiamente adscrita a dos personas (cónyuges) y dentro de ella, se determinará que cónyuge es el culpable. Aun así, ello no tendría vinculación directa hacia la patria potestad, mucho menos que exista una suspensión de la misma, ya que, dentro de esta esta figura jurídica, se envuelve la presencia de un tercer agente – el menor – quien no puede ni debe dejar de percibir la atención y cuidado de sus padres, pese a que haya existido un divorcio o separación de sus progenitores, la cual, fue una decisión única y exclusiva de estos últimos.

Segunda: Se ha analizado que los efectos jurídicos que acarrea un divorcio sanción respecto a los cónyuges es el cese de la obligación alimenticia, imposibilidad de heredarse uno a otro, el fin de la sociedad de gananciales y la posibilidad que la mujer ya no lleve el apellido del esposo; y respecto a los hijos únicamente se debe asegurar la pensión alimenticia, tenencia y régimen de visitas; por lo cual lo establecido en el artículo 340 del CC esta fuera de los alcances de la naturaleza jurídica del divorcio.

Tercera: Se ha establecido que la naturaleza jurídica e importancia de la patria potestad para la relación paterno filial es vital toda vez que, ayuda al desarrollo integral del menor, por lo que debe ser coactada cuando se ponga en peligro a este último. Así también, la patria potestad demostró ser aquella figura que confiere un “poder” tuitivo y proteccionista de los padres para con sus hijos. Por ello, es que la patria potestad se concebiría como la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial. Justamente, porque no cualquier persona podría estar al cuidado de un menor, sino que esto únicamente lo debe realizar el propio progenitor.

Cuarta: Se ha verificado que sí existen diferencias en la relación conyugal y la relación paterno filial dentro de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, la primera únicamente está adscrita o conexas a los cimientos de la realización de un matrimonio o, en su defecto, a un divorcio; mientras que la segunda, propone los derechos y obligaciones que todo padre debe tener para con sus hijos, como sería la representación, la tenencia, alimentos, etc., justamente, porque esta segunda relación, nace de una relación natural e intrínseca de padres e hijos, siendo una relación que siempre perdurará, hasta que uno de los progenitores fallezca.

Quinta: Se ha establecido que no es correcto considerar la suspensión de la patria potestad como un efecto jurídico más del divorcio sanción, puesto que la primera, abarca únicamente la relación entre padres e hijos y no tiene relación directa con el divorcio, todo ello en mérito a las naturalezas de ambas relaciones. Es más, existirían otras causales que resultarían ser más perjudiciales para suspender la patria potestad o los establecidos en el artículo 75 del CNA a excepción del inciso g), con previo estudio.

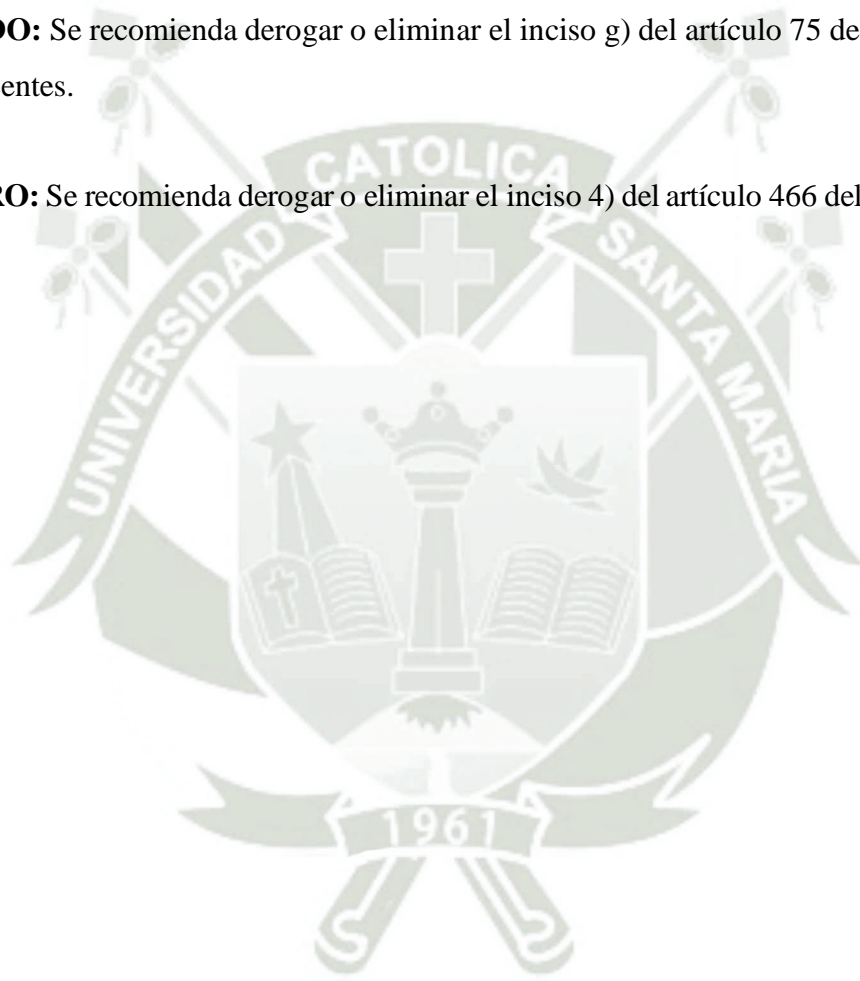
Sexta: Se ha analizado que la jurisprudencia nacional tiene pronunciamientos homogéneos, en relación a las consecuencias que acarrea dar por finalizado un matrimonio o la suspensión de la patria potestad. Empero, estas decisiones han de estar debidamente fundamentadas y dejando por constatado las consecuencias que pueden acarrear para cada uno de los involucrados. Sin embargo, el conflicto ocurre en la aplicación del artículo 340 del CC, donde se evidenció la presencia de un pronunciamiento judicial, la Casación N° 719-97, la cual, vincula entre la causa del divorcio sanción y la afectación de la patria potestad; en ella, la Corte Suprema, valida esta vinculación de forma categórica, para lo cual, debería ser un pronunciamiento que debe ser alejado por parte de los órganos jurisdiccionales.

RECOMENDACIONES

PRIMERO: Se recomienda la modificación legislativa del artículo 340 del Código Civil en el sentido de aclarar en qué causales debe suspenderse al cónyuge culpable de la patria potestad de sus hijos y en cuales no; teniendo como elemento diferenciador el factor riesgo al que se somete al menor en caso de no suspender la relación paterno filial entre padre e hijo.

SEGUNDO: Se recomienda derogar o eliminar el inciso g) del artículo 75 del Código de Niños y Adolescentes.

TERCERO: Se recomienda derogar o eliminar el inciso 4) del artículo 466 del Código Civil.



REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2008). *La familia en el Código Civil peruano*. Eds. Legales.
- Arratra.G. y García.P. (2017) La obligación alimentaria en la tenencia compartida. Tesis de Titulación [Tesis de Grado, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel].
<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/253/Tesis-Arratea%20y%20Garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bermúdez T, M. (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Editorial San Marcos.
- Cabello Matamala, C. (2001). Divorcio ¿remedio en el Perú? *Derecho PUCP*, (54), 401-418.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6528>
- Cantuarias, F. (1991). El Divorcio: ¿Sanción o Remedio? *THEMIS Revista de Derecho*, (18), 66-72. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10884>
- Castillo Blaco, L. (2005). *Temario de Documentación*. Universidad de Valencia.
- Castillo Freyre M. y Aguilar Llanos B. (2013). Imposibilidad de vida en común como causal de separación legal o divorcio (Coor.) *El Divorcio en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Causales, Procesos y Garantías*. (1ed, pp 29-39) Ed. Editorial Gaceta Jurídica.
- Castillo, C. (2010). *La Privación de la Patria Potestad: criterios legales, doctrinales y judiciales*. La Ley Grupo Walters Cluwer
- Chunga Lamonja, F. (2001). *Derecho de menores*. Editorial GRIJLEY.
- Córdova Paredes, E. D. (2019) *Hijos alimentistas y patria potestad*. [Tesis de Grado, Universidad San Pedro]. <https://repositorio.usanpedro.edu.pe/server/api/core/bitstreams/647b09d4-9a38-40ce-86ff-195565946f31/content>
- Cornejo Chávez, H. (1985). *Derecho Familiar Peruano*. Studium.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente N° 1025-93-Lima; 23 de diciembre de 1993. Corte Superior de Lima, Sala N° 6. Expediente N° 3058-97; 31 de julio de 1998.

Corte Superior de Lima, Sala N° 6. Expediente N° 3532-96; 31 de marzo de 1997.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 836- 96-Lima; 30 de enero de 1998.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 719- 97-Lima; 23 de octubre de 1998.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Sentencia C- 577- 98; 16 de octubre de 1998.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Sentencia C-112- 01; 17 de agosto de 2001.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 3505-2001- Piura; 30 de septiembre de 2002

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 731- 2012- Lambayeque; 12 de noviembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 6407-2019- Cusco; 14 de diciembre de 2021.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 1542-2020- Lima Norte; 17 de marzo de 2022.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 1448-2012- Lima; 16 de abril de 2013.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 5620-2007: 05 de noviembre de 2008.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 1859-2009- Lima; 20 de octubre de 2009.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N° 719- 97-Lima; 23 de octubre de 1998.

D'antonio D. (1996). *Derecho de Menores*. Ed Astrea.

Diccionario panhispánico del español jurídico. (2020) Relación paterno filial. Diccionario panhispánico del español jurídico.

Diez Picaso, L. (1983) *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos.

Espinoza Lozano, E. D. P. (2015) *Efectos jurídicos de aplicar lo prescrito en el artículo 345-A del código civil, en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho luego del tercer pleno Casatorio Civil* [Tesis de Grado, Universidad Privada Antenor Orrego].
<http://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/1242>

Flores Polo P. (1980). *Diccionario de Términos Jurídicos*. Cultural Cusco.

García Toma, V. (2013). *Derechos fundamentales*. Lima: Editorial Adrus.

Giraldo Ángel, J. (2012). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Universidad de Ibagué

Gómez Gallardo, P. (2020). *El derecho a la propia imagen de niñas, niños y adolescentes frente a las tecnologías de información y comunicación* (la responsabilidad que tienen quienes ejercen la patria potestad). *Revista IUS*, 14(46), 205-222.
<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/545>

Gutiérrez Iquise, S. (20 de abril de 2018). Lo que debes saber sobre la filiación de paternidad extramatrimonial tras la última reforma. *LP Pasión por el Derecho*.
<https://lpderecho.pe/filiacion-paternidad-extramatrimonial-ultima-reforma/>

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. (2014) *Metodología de la investigación*. McGraw Hill.
https://apiperiodico.jalisco.gob.mx/api/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/metodologia_de_la_investigacion_-_roberto_hernandez_sampieri.pdf

Hinostraza Minguez, A. (1997). *Derecho de Familia*. Editora Fecal

Holgado Valer, E. (1982). *El Derecho de Familia en la Legislación Peruana*.
<https://dpej.rae.es/lema/relaci%C3%B3n-paternofilial>

Lefebvre, F. (2019). *Relaciones paterno-filiales*. Ed. Lefebvre.

Llanos, B. A. (2008). *La familia en el Código Civil peruano*. Eds. Legales.

López De Quevedo, S. (2004). *Patria Potestad. Jurisdicción de la Niñez y Adolescencia*. Corte Suprema de Justicia.

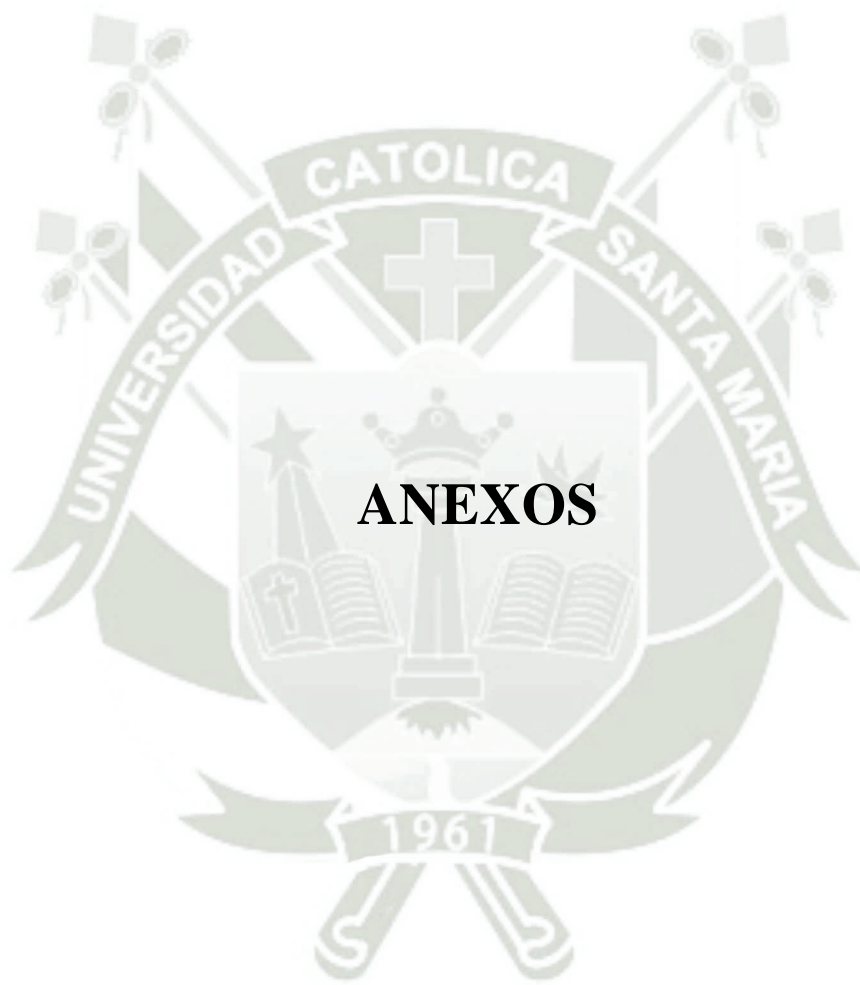
Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (1959). *Lecciones de derecho civil: introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo, derechos subjetivos* (t1) (v1). Ediciones Jurídicas Europa-América.

Méndez Costa M. (1990) *Derecho de Familia*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni

Mendizábal Anticona, W. J., Huanca Frías, J. O., Huanca Frías, R. E. y Quispe Ticona, I. L. (2023). *Investigación cualitativa y mixta en derecho*. Tipología y la aplicación del metaanálisis cualitativo. *Revista de Climatología*, 23, 256-269. <https://rclimatol.eu/wp-content/uploads/2023/05/ArticuloCS23walterr.pdf>

Plácido, A. (2013). *El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993*. *Derecho PUCP*, (71), 77-108. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8898>

Romero el al (2018) *Metodología de la investigación jurídica*. Griley



PROYECTO DE LEY NRO.

“Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho”

Sumilla: Proyecto de Ley que modifica el artículo 340, 420 y 466.4 del Código Civil.

I. DATOS DEL AUTOR:

La Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad xxxxxxxxxxxxxxxx, en ejercicio de sus facultades ciudadanas que le confiere el artículo 31 de la Constitución Política del Perú y el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley, a efecto de. *modificar el art. 340, 420 y 466.4 del Código Civil.*

EXPOSICION DE MOTIVOS:

A. CONSIDERACIONES HISTORICAS:

Que, El presente tema de investigación nace en la experiencia profesional, en la cual me pude percatar de la aplicación irrestricta del artículo 340 del Código Civil por parte de los órganos jurisdiccionales de la CSJA. Como bien se sabe el mencionado dispositivo legal señala los lineamientos obligatorios que deben de seguir los magistrados al momento de fijar la patria potestad de los progenitores para los hijos. Así entre los varios supuestos que regula tenemos aquel que señala que en los casos provenientes o derivados de un divorcio sanción, es decir aquel donde haya un cónyuge culpable y uno inocente, la patria potestad siempre quedará a cargo del cónyuge inocente, mientras que el otro queda suspendido en el ejercicio. Es este último supuesto es el que nos lleva a hacernos la siguiente pregunta ¿resultaría válido afectar la patria potestad de un menor, a causa del divorcio sanción? Considerando a prima facie que no, toda vez que como se sabe la patria potestad es una institución relacionada o sustentada en la relación paterno filial, mientras que el divorcio como tal, despliega sus efectos únicamente a la relación entre cónyuges, por lo que los problemas o causas que llevaron al decaimiento del vínculo de la pareja no podría oponerse a la relación que lleva cada uno como progenitor de los menores procesados. Es en este sentido, que la investigación busca analizar si resulta válido o no la restricción detallada, y de concluir que efectivamente no puede condicionarse la patria potestad a los efectos del divorcio sanción, terminaríamos con una recomendación que incluiría la presentación de un proyecto de Ley que modifique el artículo 340 del Código Civil.

B. PROBLEMÁTICA ACTUAL: Que, el actual artículo 340 del Código Civil, da a entender que se puede suspender la patria potestad debido a una separación o divorcio de los cónyuges, siendo que el cónyuge culpable, es el que perderá esta relación de patria potestad con su menor hijo. No obstante, considero que ello traería a colación una serie de perjuicios, dado que se estaría mezclando o confundiendo la naturaleza de una relación conyugal y la relación patria potestad.

C. PROPUESTA DE INCLUSION LEGISLATIVA:

Es por estos motivos, que el presente proyecto propone de modificar el *art. 340, 420 y 466.4 del Código Civil.*

II. ANALISIS DEL COSTO BENEFICIO:

La incorporación propuesta no genera costo alguno al Estado, toda vez que solo se trata de un cambio en el aspecto normativo de una norma

III. FORMULA LEGAL:

Artículo 340- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos

Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.

Artículo 420.-Ejercicio unilateral de la patria potestad

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

Artículo 466.- Causales de suspensión de patria potestad La patria potestad se suspende:*

- 1. Cuando el padre o la madre tenga capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numeral 9.*
- 2. Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.*
- 3. Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.*
- 4. En el caso del artículo 340.*

IV. CON LA MODIFICATORIA PLANTEADA:

Artículo 340.- Efectos de la separación convencional respecto de los hijos

Los hijos se seguirán confiando a los progenitores de los mismos, salvo que el cónyuge culpable haya incurrido en las causales 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 333; adicional a los establecidos en el artículo 75 Código del Niño y del Adolescente, con previa delimitación a lo dicho en el inciso g). De ser así, este cónyuge podrá ser suspendido de su patria potestad.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

Artículo 420.-Ejercicio unilateral de la patria potestad

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

En el caso de separación de cuerpo o divorcio, las causales para una suspensión de la patria potestad, tendrán que ser las que están previstas en el artículo 340 del mismo Código. Caso contrario, no habría motivo para que la patria potestad sea suspendida.

Artículo 466.- Causales de suspensión de patria potestad La patria potestad se suspende:*

- 1. Cuando el padre o la madre tenga capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numeral 9.*
- 2. Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.*
- 3. Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.*
- 4. En el caso del artículo 340, únicamente en las causales 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 333*

Arequipa, 20 de marzo de 2024

