

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN
COMÚN COMO CAUSAL DE DIVORCIO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: EDGAR RUIZ BAZÁN

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

Cajamarca - Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
EDGAR RUIZ BAZÁN
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN
COMÚN COMO CAUSAL DE DIVORCIO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: EDGAR RUIZ BAZÁN

JURADO EVALUADOR

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD



Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 17:00 horas del día 24 de noviembre de Dos mil veinte, reunidos a través de meet.google.com/xjy-phpn-jjn, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA, M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, M.Cs. FERNANDO AUGUSTO CHÁVEZ ROSERO**, y en calidad de Asesor el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco **NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN COMO CAUSAL DE DIVORCIO**, presentada por el **Bach. en Derecho EDGAR RUIZ BAZÁN**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECIOCHO (18)** la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho EDGAR RUIZ BAZÁN**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 18:50 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero
Jurado Evaluador

A:

A Dios y a mis padres, por el inmenso amor y el sacrificio magnánimo

*A todos los que luchan por salvar al mundo de los males y avatares como los
de hoy, y a quienes su voz no es escuchada*

AGRADECIMIENTO:

A mi docente y amigo, el Dr. Joel Romero Mendoza, por su valioso tiempo invertido en la asesoría académica y por el impulso permanente en aras de la culminación del presente trabajo-

Al M.Cs. José Luis López Núñez, por el impulso profesional y personal durante el desarrollo de esta tesis.

A mis alumnos y alumnas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca y a cada integrante del estudio Ruiz & Colina- Abogados; por sus inquietudes, vivencias y enseñanzas, las mismas que me enriquecen día a día.

A mis docentes, compañeros y compañeras de la maestría de derecho civil y comercial de la Unidad de Derecho UNC, por el tiempo y aprendizajes compartidos.

“Y no es que el divorcio sea institución deseable: es que libra a los espíritus, fatalmente arrastrados a la satisfacción de sus deseos, del crimen,- ¡huésped bárbaro!

Le quita la ventura, que queda sepultada para siempre en el hogar roto, pero les deja la estimación de sí mismos”

JOSÉ MARTÍ (Acedo & Pérez, 2009, p.7)

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
EPÍGRAFE	vii
TABLA DE CONTENIDOS.....	viii
LISTA DE ABREVIACIONES.....	xiv
GLOSARIO.....	xv
RESUMEN.....	xvii
ABSTRACT	xviii
INTRODUCCIÓN	xix

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1 El problema de investigación.....	1
1.1.1 Contextualización o problemática	1
1.1.2 Planteamiento del problema	3
1.1.3 Formulación del problema.....	6
1.2 Justificación.....	6
1.2.1 Justificación jurídica.....	6
1.2.2 Justificación social	7
1.2.3 Justificación personal.....	8
1.3 Hipótesis.....	8

1.4 Categorías.....	9
1.5 Objetivos	9
1.5.1 Objetivo General	9
1.5.2 Objetivos Específicos.....	9
1.6 Delimitación de la investigación	10
1.6.1 Teórica	10
1.6.2 Temática	10
1.6.3 Temporal.....	10
1.6.4 Espacial	10
1.7 Tipo de investigación.....	11
1.7.1 De acuerdo al fin que se persigue.....	11
1.7.2 De acuerdo al diseño de investigación.....	11
1.7.3 De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	11
1.8 Métodos de investigación	12
1.8.1 Genéricos.....	12
1.8.2 Propios del derecho	12
1.9 Técnicas e instrumentos de recopilación de información	13
1.9.1 Técnicas.....	13
1.9.1.1. Del análisis de contenido documental	13
1.9.1.2. Del método dogmático.....	13
1.9.2 Instrumentos	14
1.9.2.1 Del análisis documental y el fichaje.....	14
1.9.2.2. De la argumentación	14

1.10 Estado de la cuestión	15
1.11 Unidades de análisis, universo y muestra	16

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO	17
2.1. Aspectos lus Filosóficos	17
2.1.1. Concepciones filosóficas que inspiran la discusión	17
2.1.1.1 Realismo Jurídico	20
A. Realismo metodológico	20
B. Realismo ontológico	21
C. Realismo epistemológico.....	22
2.1.1.2 Postura metaética del constructivismo moral de los Derechos Fundamentales.....	28
a) Inviolabilidad de la persona	29
b) Autonomía de la persona	29
c) Dignidad de la persona.....	29
2.1.1.3 Concepción filosófica del matrimonio como instituto natural.....	31
2.2. Aspectos jurídicos	32
2.2.1. Marco Convencional y Constitucional de Familia	32
2.2.1.1. Convencional.....	32
2.2.1.2. Constitucional.....	34
a) Constitución Política de 1979	34
b) Constitución Política de 1993	35
2.2.2. La Familia	37

2.2.2.1. Etimología.....	37
2.2.2.2. Concepto semántico y clásico	38
2.2.2.3. Concepto Postmoderno	39
2.2.3. Matrimonio	40
2.2.3.1. Etimología.....	40
2.2.3.2. Concepto	41
2.2.3.3. Antecedentes.....	42
2.2.4. Divorcio	46
2.2.4.1. Etimología.....	46
2.2.4.2. Concepto	46
2.2.4.3. El Divorcio a Partir de la Iglesia.....	48
2.2.4.4. Breve reseña del Divorcio.....	49
2.2.4.5. Tratamiento Jurídico del Divorcio en el Perú.....	50
a) Código Civil de 1852	50
b) Leyes Especiales.....	52
c) Código Civil de 1936.....	53
d) Código Civil de 1984	54
2.2.4.6. Tendencias Jurídicas del divorcio y el sistema mixto Peruano	55
2.2.4.7. Fundamento teleológico de las causales de divorcio	57
2.2.4.8. La causal de Imposibilidad de hacer vida en común, incorporación a nuestra legislación y naturaleza jurídica	60
A) Incorporación al sistema peruano	61
B) Naturaleza Jurídica	64
B.1. Concepto.....	64

B.2. Posturas doctrinales.....	66
B.3. Criterios valorativos para invocar la causal	69
a) La no invocación de hecho propio	69
b) Que los hechos alegados verifiquen en el proceso la afectación de la vida personal y/o conyugal del peticionante	70
c) Razonabilidad de los hechos alegados.....	71
d) Los hechos invocados no deben incorporarse dentro de las otras causales	71
e) Plazo mínimo de vida en común.....	72
f) Imposibilidad de hacer vida en común o reanudar la vida en común	73
g) Actualidad de la falta conyugal invocada.....	74
h) Caducidad.....	74
B.4. Orígenes de la imposibilidad de hacer vida en común y análisis comparado	75
a. Inglaterra.....	75
b. Cuba	78
c. Panamá.....	79
d. Bolivia	80
e. Suiza.....	81
C) Ventajas y Desventajas	82
C.1. Ventajas.....	82
C.2. Desventajas	83

2.2.5. Protección de la Familia y Libertad de los Cónyuges	84
2.2.5.1. Protección de la Familia	84
a) Derecho a la Intimidad	87
b) Necesidad de probar la conducta	88
c) Celeridad y Economía Procesal	89
2.2.5.2. Derecho a la Libertad de los cónyuges.....	90
2.2.6. Divorcio Incausal	92
2.2.6.1. España	93
2.2.6.2. México	93
2.2.6.3. Argentina	94
2.2.6.4. Suecia	94
2.2.7. Anteproyecto de Reforma del Código Civil referente a las causales de divorcio.....	95
2.2.8. Propuesta <i>De Lege Ferenda</i>	97

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	100
CONCLUSIONES	114
RECOMENDACIONES	116
LISTA DE REFERENCIAS	118

LISTA DE ABREVIACIONES

C.P.E	: Constitución Política del Estado peruano
Art.	: Artículo
C.C	: Código Civil
C.P.C	: Código Procesal Civil
D.U.D.H	: Declaración Universal de Derechos Humanos
C.A.D.H	: Convención Americana de Derechos Humanos
A.R.C.C	: Anteproyecto de Reforma del Código Civil

GLOSARIO

a) **Divorcio Sanción**

Es aquel que atribuye a uno de los cónyuges, la responsabilidad de la disolución del vínculo matrimonial por incurrir en alguna de las causales de culpa que impone la ley y que el juez valora como grave por ser moralmente negativa, trae, además, como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los gananciales que provienen de los bienes del otro, suspensión de la patria potestad, entre otros.

b) **Divorcio Remedio.**

Es en el cual se verifica la separación de los cónyuges o el acuerdo de los mismos, sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en que los cónyuges han dejado de cumplir sus deberes principales; sin embargo, establece elementos objetivos como el alejamiento y el factor temporal, restringiendo la posibilidad de establecer un nuevo proyecto de vida, de manera pronta.

c) **Divorcio Quiebre.**

Esta tipología se caracteriza por la eliminación de las sanciones al responsable de la separación, sin embargo, el tema de la prueba aún no es superado del todo, pues se exige acreditar que la relación ha quebrado

y es imposible su reconstrucción, vale decir, las causales de culpa son absorbidas por una sola: “La imposibilidad de hacer vida en común”; la exposición de la intimidad familiar, continúa ante el juez; pudiendo finalmente ser accionada de manera indistinta por los cónyuges.

RESUMEN

Nuestra investigación analiza y explica la naturaleza jurídica de la causal de divorcio, “imposibilidad de hacer vida en común”, la que debido a su incorporación en el año 2001, desconociendo sus orígenes en la legislación inglesa y europea como causal quiebre de la relación matrimonial, fue incluida como causal independiente de divorcio sanción y no sustitutoria de las causales inculpatorias, tal como lo exige su naturaleza, siendo utilizada hasta ahora, de manera subsidiaria ante la negligencia del cónyuge inocente al haber dejado transcurrir los plazos para invocar las demás.

El dos de febrero de 2020, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, que sugiere incorporar el divorcio quiebre (imposibilidad de hacer vida en común), manteniendo la necesidad de la prueba del rompimiento. Ello genera un avance, por cuanto sustituye las causales de culpa; sin embargo, es insuficiente, pues no elimina el análisis judicial sobre responsabilidad subjetiva, generando daños a la familia.

El problema que nos ocupa es determinar la naturaleza jurídica de la imposibilidad de hacer vida en común como causal de divorcio, y sus efectos jurídicos con relación al principio protector de la familia y la libertad conyugal.

Es así, que a través de la aplicación de los métodos: analítico comparado, sintético y dogmático; se ha demostrado que efectivamente, la naturaleza jurídica de la causal en mención, es de divorcio quiebre de la relación matrimonial y sus efectos jurídicos son: Eliminación de sanciones jurídicas personales y patrimoniales al cónyuge culpable, vulneración de los derechos fundamentales de intimidad y salud emocional de cónyuges e hijos, atentar contra la paz y armonía a futuro entre cónyuges, contravenir los principios procesales de celeridad y economía procesal y finalmente, lesionar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada.

Palabras clave: Divorcio remedio, divorcio por culpa, divorcio quiebre, naturaleza jurídica, protección a la familia, libertad conyugal.

ABSTRACT

Our research analyzes and explains the legal nature of the grounds for divorce, "impossibility of living together", which due to its incorporation in 2001, ignoring its origins in English and European legislation as a ground for the breakdown of the marriage relationship, was included as an independent ground for divorce, sanction and not a substitute for incriminating grounds, as required by its nature, and has been used until now, in a subsidiary manner due to the negligence of the innocent spouse, as the deadlines to invoke the others have passed.

On February 2, 2020, the Draft Reform of the Civil Code was published in the Official Gazette "El Peruano", which suggests incorporating bankruptcy divorce (impossibility of living together), maintaining the need for proof of the break. This generates an advance, since it replaces the causes of fault; however, it is insufficient, since it does not eliminate the judicial analysis on subjective responsibility, causing damage to the family.

The problem at hand is to determine the legal nature of the impossibility of living together as grounds for divorce, and its legal effects in relation to the protective principle of the family and conjugal freedom.

Thus, through the application of methods: comparative analytical, synthetic and dogmatic; It has been shown that indeed, the legal nature of the cause in question is divorce, breakdown of the marital relationship and its legal effects are: Elimination of personal and patrimonial legal sanctions to the guilty spouse, violation of the fundamental rights of privacy and emotional health of spouses and children, threatening future peace and harmony between spouses, contravening the procedural principles of speed and procedural economy and finally, damaging the fundamental right to free development of personality and private autonomy.

Key words: *Divorce remedy, divorce by fault, divorce bankruptcy, legal nature, protection of the family, marital freedom.*

INTRODUCCIÓN

La institución del divorcio aparece en nuestra legislación nacional en el Código Civil de 1852, sin embargo, por la extrema influencia religiosa, el término era asociado a una separación de cuerpos, al punto de ser sinónimos; vale decir, aún se mantenía la concepción arraigada de matrimonio indisoluble. Posteriormente, es el código civil de 1936, el que atribuye al divorcio la consecuencia jurídica de disolución del matrimonio, arguyendo las mismas causales de separación de cuerpos, concebidas en el artículo 333 del código civil de 1852. (Cabello, 1987).

El código de 1984, inicia su vigencia reconociendo diez causales de divorcio por culpa, variando en algunos aspectos el contenido de su predecesor. Algunos años más tarde, en el 2001 mediante la ley N° 27495, fueron incluidas en el inciso 11 y 12, las causales de “Imposibilidad de hacer vida en común” y de “Separación de hecho”, respectivamente.

El presente trabajo trata acerca de la causal de imposibilidad de hacer vida en común, la cual fue introducida, en el inc.12 del artículo 333 del código civil vigente; y sometida a debate legislativo sin auxilio técnico, y siendo desde ya, parte de una institución como el divorcio, generó posturas a favor y en contra, incorporándola como una causal de divorcio sanción adicional e independiente de las demás, lo cual ha generado hasta el momento, discusiones en cuanto a su naturaleza jurídica, pues su aplicación es múltiple en los procesos de divorcio.

Recientemente, el dos de febrero de 2020, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, el cual sugiere la incorporación del divorcio quiebre (imposibilidad de hacer vida en común), en el primer inciso del art. 333 de dicho cuerpo normativo, absorbiendo a las demás causales de culpa, en los siguientes términos: “Son causas del divorcio o, en su caso, de separación de cuerpos: a) Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos”. Dicha disposición sigue generando dudas en su aplicación y funcionalidad respecto a la protección de la familia como a la libertad conyugal.

De esta manera, la presente investigación se ocupa de determinar la naturaleza jurídica de la causal de Imposibilidad de hacer vida en común y sus efectos jurídicos con relación a la protección de la familia y la libertad conyugal; procediendo a dividirla en tres capítulos:

En el primer capítulo, hemos abordado los aspectos metodológicos, como parte de nuestra investigación jurídica, en este sentido abordamos la contextualización, planteamiento y formulación del problema, justificación, hipótesis, objetivos, delimitación, tipología, diseño, métodos, técnicas, instrumentos y estado de la cuestión.

El segundo capítulo es el más amplio y contiene el marco teórico, allí tratamos al matrimonio y los derechos constitucionales que involucra, para luego analizar el divorcio y en específico la causal de divorcio quiebre o imposibilidad de hacer

vida en común, la exposición de motivos que justificó su incorporación, verificamos las diferentes direcciones en su aplicación, y estudiamos el plano comparado a fin de determinar su naturaleza jurídica, también las dificultades que aún mantiene en relación a la concepción postmoderna de familia; además, analizamos los alcances del anteproyecto de reforma del Código Civil respecto del divorcio, y finalmente identificamos la tipología del divorcio que resultaría más útil para la protección de la familia en el Perú.

El tercer capítulo refiere la contrastación de la hipótesis, a través de la cual, mediante un análisis dogmático, filosófico y argumentativo, hemos podido determinar la naturaleza jurídica de la causal de imposibilidad de hacer vida en común y sus efectos jurídicos, con relación al principio protector de la familia y el derecho a la libertad conyugal; llegando estos a ser: eliminación de sanciones al cónyuge culpable, vulneración de derechos fundamentales como el de intimidad, salud emocional y libre desarrollo de la personalidad, principios procesales como los de celeridad y economía, además de valores como la paz y armonía a futuro.

Así pues, el estudio de estos capítulos permite, además de identificar la naturaleza jurídica de la causal de imposibilidad de hacer vida en común y sus efectos jurídicos; proponer, una adecuada reforma para el divorcio peruano, procurando el respeto del principio protector de la familia y de libertad de cada cónyuge.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 El problema de investigación

1.1.1 Contextualización o problemática

Desde la aparición del Derecho Romano, las conductas culpables de los cónyuges fueron concebidas como atentados contra sus consortes y la unión matrimonial; permitiendo, en principio, repudiar a la mujer adúltera; luego, como mecanismo que motivó separar de hecho a los cónyuges, y finalmente, como hechos subsumidos en la ley para ponerle fin al régimen jurídico conformado por varón y mujer. (Acedo, 2009)

El arraigo religioso que vinculaba la familia al instituto del matrimonio; basado en el amor, respeto y fidelidad; ha impedido históricamente, la disolución del mismo; razón por la cual, mencionamos que llegar a casarse constituía un compromiso casi eterno, tan fuerte que su solo afán de disolverlo, ocasionaba desgastes personales y patrimoniales, por lo que muchos han resignado tal posibilidad.

Es así, que el divorcio sanción es una vertiente a la que recurre el cónyuge inocente de un acontecimiento que afecta gravemente la unión matrimonial, de carácter insoportable; esto genera sanciones personales y patrimoniales para el culpable, consecuencias drásticas que lejos de garantizar la unión a través del afecto,

ocasionan el temor a perder los derechos que la ley reconoce, incluso con los propios hijos. (Plácido, 2001).

En este orden de ideas, actualmente, a partir del plano convencional y constitucional, se analiza a profundidad los derechos fundamentales lesionados por una unión carente de afecto o en la que no se cumplen los deberes que dan fundamento al matrimonio; así pues, cabe preguntarse si la protección a la familia (Constitución Política del Perú, 1993, art. 4), implica necesariamente la permanencia *in extremis* del matrimonio; o si la unión conyugal anómala no vulnera la libertad del ser humano, en su dimensión del libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada. (Constitución Política del Perú, 1993; art. 2, inc.1).

En el Perú, después del reconocimiento del divorcio en el código de 1936 y el establecimiento de causales sancionatorias de divorcio, el 2001 mediante la (Ley N° 27495), fueron insertadas en el inciso 11 y 12, las causales de imposibilidad de hacer vida en común y de separación de hecho, respectivamente; a fin de encontrar salidas más amistosas a los matrimonios anómalos. No obstante, una de ellas fue introducida de manera errónea, como causal sancionatoria y no acorde a su naturaleza jurídica, razón por la cual, no logró la finalidad que tuvo en la legislación comparada, generando serios problemas para cónyuges e hijos; nos referimos a la causal de imposibilidad de hacer vida en común.

No hace mucho, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, el Anteproyecto de reforma del Código Civil, 2020; art. 333, inc.1; el cual sugiere la incorporación del divorcio por imposibilidad de hacer vida en común, como divorcio quiebre, absorbiendo a las demás causales de culpa en los siguientes términos:

Son causas del divorcio o, en su caso, de separación de cuerpos: a) Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos.

Sin embargo, dicha incorporación sigue generando dudas en su aplicación y funcionalidad respecto a la protección de la familia, por ello es necesario determinar su naturaleza jurídica y sus efectos jurídicos, a fin de salvaguardar los derechos de todos los miembros de la familia, en un contexto de armonía y paz social.

1.1.2 Planteamiento del problema

El matrimonio ha sido concebido desde sus inicios como el mecanismo por excelencia para constituir una familia, entendida ésta como la única célula básica de la sociedad y digna de tutela por casi la totalidad de los Estados.

El apego hacia el origen religioso de la institución, nutrido por la influencia de la iglesia durante la edad media, hicieron de la indisolubilidad, una característica esencial e imprescindible del matrimonio (Badilla & Piza, 2018).

Sin embargo, los diversos motivos nacidos en la convivencia conflictiva de los consortes, como la infidelidad, abandono o la intención de formar una nueva familia con otras personas, hicieron repensar la posibilidad de encontrar algunas salidas para romper con el vínculo matrimonial, las que, vieron sus primeros brotes en las legislaciones antiguas como la romana, aunque siempre bajo la mirada escéptica del mundo.

El desapego, cada vez más ascendente de las ideas medievales aunado a las primeras revoluciones libertarias, hicieron posible el reconocimiento progresivo de la institución del divorcio. (Ramos 1997). No obstante, si bien se iba dejando de lado la indisolubilidad del matrimonio, surgía la necesidad de dificultar la desvinculación, razón por la cual, se impusieron parámetros rígidos en las causales de divorcio y las subsecuentes consecuencias personales y patrimoniales (Plácido, 2008); lo cual consideramos, hacen del divorcio un camino tormentoso y desgastante, que a la vez generan un deterioro mayor con quien en algún momento hubo, por lo menos, afecto.

Es así, que estas causales generaron la vertiente del divorcio sanción, cuyas características principales son dos: 1) El o la demandante debe ser quien no ocasionó la ruptura, y 2) Sancionar al culpable de la separación; mediando para ello, la complejidad del proceso y la prueba.

Posteriormente, surgieron las causales de divorcio remedio, las cuales, a su vez, se subdividen en dos:

A) La separación de hecho, que se caracteriza por: 1) El o la demandante puede ser cualquiera de los cónyuges, 2) No exposición de culpa en la ruptura matrimonial y 3) No existe sanción para el responsable de la ruptura. Pero esta causal tiene como presupuesto el transcurso del tiempo antes de accionar, teniendo un aparente carácter garantista para la unión matrimonial.

B) Divorcio convencional: 1) No genera litigio, 2) Se acompaña un acuerdo respecto del patrimonio y los derechos e intereses de los hijos.

En algunas legislaciones ha surgido la vertiente del divorcio quiebre, que se caracteriza por lo siguiente: 1) Absorbe las causales de divorcio sanción, estableciendo como única, la imposibilidad de hacer vida en común. 2) No se elimina la prueba del rompimiento, pues esta sirve para que el juez evidencie la irreversibilidad de la unión. 3) Elimina las sanciones personales y patrimoniales al cónyuge culpable.

Nuestro sistema incorporó la causal de imposibilidad de hacer vida en común en el 2001 a través de la Ley N° 27495, pero no como divorcio quiebre, sino como sanción, no obstante, es recién a través

del Anteproyecto de reforma del Código Civil 2020, que se incorpora esta causal en su naturaleza jurídica.

De esta manera señalamos que la mayoría de causales de divorcio - salvo la convencional- si bien tratan de proteger al matrimonio, no dejan de producir efectos dañinos en los integrantes del grupo familiar; es por ello que el postmoderno derecho de familia, en respeto a la Constitución y Tratados Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos, 1969; exige nuevos tratamientos que ayuden a su adecuada protección y respeto de los derechos fundamentales de cada cónyuge.

1.1.3 Formulación del problema

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la imposibilidad de hacer vida en común como causal de divorcio, y los efectos jurídicos con relación al principio protector de la familia y la libertad conyugal?

1.2 Justificación

1.2.1 Justificación jurídica:

La importancia de este trabajo gira en torno a la ineficacia de una causal de divorcio cuya incorporación fue inculpatória, pero que su naturaleza responde al quiebre de la relación conyugal, suprimiendo las causales sancionadoras, generando algunas ventajas pero también desventajas en atención al principio protector de la familia y libertad conyugal, generando daños a más

de un miembro del grupo familiar; los mecanismos jurídicos deben orientarse al respeto de los derechos fundamentales de cada persona y apuntar a perseguir un fin, el libre desarrollo de la personalidad revestida de paz, afecto y armonía.

En razón a lo mencionado, surge la necesidad de reevaluar la permanencia de uniones matrimoniales que no cumplan con los deberes nacidos de dicha institución, y de aquellas en las cuales la convivencia se torna más que insoportable, imposibilitando cumplir con los fines señalados líneas arriba.

Dicha evaluación de la permanencia imprime a la vez el examen de las causales de divorcio, sus rigurosos requisitos y consecuencias, los mismos que, a la luz de la realidad social y nuevas tendencias jurídicas, no redundan en el respeto a la protección de la familia ni en el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, afectando también el interés superior de los hijos. (Badilla y Piza, 2018).

1.2.2 Justificación social:

Siendo el matrimonio y el divorcio instituciones no solo jurídicas sino sociales cuyo alcance es un gran número de personas pues sus efectos influyen directamente en la formación, relación y cambio de la célula básica de la sociedad, la familia (Constitución Política del Perú, 1993, art. 4).

La familia ha sido, es y seguirá siendo el primer grupo donde el ser humano desarrolla sus aptitudes, valores, sentimientos y aprendizajes que forman su personalidad (Oliva, 2014).

Radica allí la trascendencia social de este trabajo, el cual dota de un contenido que ayuda a la familia y a sus miembros, a la realización de sus proyectos en cumplimiento de sus fines.

1.2.3 Justificación personal:

Es de importancia personal dada nuestra inquietud por el derecho de familia y la sutileza con la que deben ser tocados estos temas, pues se trata de personas con un lazo más que consanguíneo, afectivo y sensible ante la sociedad.

1.3 Hipótesis

La naturaleza jurídica de la causal de imposibilidad de hacer vida en común es de “divorcio quiebre” de la unión matrimonial, y los efectos jurídicos con relación al principio protector de la familia y la libertad conyugal, son:

- a) Elimina sanciones jurídicas personales y patrimoniales para el cónyuge culpable.
- b) Vulnera los derechos fundamentales de intimidad y salud emocional de cónyuges e hijos.
- c) Contraviene los principios procesales de celeridad y economía procesal, manteniendo el procedimiento complejo de la prueba.

- d) Atenta contra la paz y armonía entre cónyuges, a futuro.
- e) Lesiona el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada.

1.4 Categorías

- a. Naturaleza jurídica de la causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común.
- b. Efectos jurídicos de la causal de imposibilidad de hacer vida en común.
- c. Principio de protección de la familia.
- d. Derecho a la libertad de los cónyuges.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo General

Determinar la naturaleza jurídica de la imposibilidad de hacer vida en común como causal de divorcio, y los efectos jurídicos con relación al principio protector de la familia y la libertad conyugal.

1.5.2 Objetivos Específicos

- a) Identificar si se generan o eliminan sanciones personales o patrimoniales para los cónyuges.
- b) Determinar si se vulneran derechos fundamentales de cónyuges e hijos, atentando contra la protección familiar.
- c) Determinar si se transgreden principios procesales y valores vinculados a la protección de la familia.

- d) Identificar si se lesiona el derecho a la libertad conyugal.
- e) Proponer al legislador una regulación que oriente el divorcio al respeto de la protección de la familia y libertad conyugal.

1.6 Delimitación de la investigación

1.6.1 Teórica

Derecho constitucional y derecho de familia.

1.6.2 Temática

Naturaleza jurídica de la causal de imposibilidad de hacer vida en común y efectos jurídicos con relación al principio protector de la familia y libertad conyugal.

1.6.3 Temporal

Siendo una investigación básica, no cuenta con una delimitación temporal, sin embargo, su estudio se realizó durante la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993 y el Código Civil de 1984.

1.6.4 Espacial

Siendo una investigación básica, no cuenta con una delimitación espacial, sin embargo, puede precisarse que sus efectos tienen alcance en el ámbito jurídico nacional.

1.7 Tipo de investigación

1.7.1 De acuerdo al fin que se persigue

La presente investigación es básica, dado que buscamos aportar a los conocimientos preexistentes y servir de apoyo a futuras investigaciones para luego ser utilizada en la práctica.

1.7.2 De acuerdo al diseño de investigación

a) **Descriptiva**, pues “tiene como objeto ubicar, categorizar y proporcionar una visión de una comunidad, un evento, un contexto, un fenómeno o una situación”. (Hernández, Fernández & Baptista, 2003, p. 273).

b) **Explicativa**, pues a través del análisis y la argumentación damos a conocer todo lo concerniente a una figura ambigua en su regulación, aplicación e interpretación, lo que no guarda sistemática jurídica.

c) **Propositiva**, en cuanto proponemos al legislador un adecuado tratamiento del divorcio, que ayudará a cumplir los fines de protección familiar y libertad conyugal.

1.7.3 De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

Es **cualitativa**, toda vez que su propósito es reconstruir la realidad, tal y como lo observan los autores de un determinado sistema social (...) donde las variables no se definen con el propósito de manipularse ni de controlarse experimentalmente (Hernández,

Fernández & Baptista, 2003, pp. 5-12), así se busca estudiar un determinado fenómeno jurídico, sus características, cualidades y como éste se presenta en la realidad, sin utilizar para ello recolección de datos con medición numérica o estadística.

1.8 Métodos de investigación

1.8.1. Genéricos

El Profesor Villavella (2007), sitúa dentro de los métodos empíricos, a los siguientes: 1) Experimento, 2) Observación, 3) **Análisis de contenido**; siendo este último, el método empírico aplicable a la investigación, pues se analizará el contenido documental de la bibliografía que estudia las bases teóricas y doctrinarias del tema.

1.8.2. Propios del Derecho

El profesor mexicano Carlos Villavella, señala como uno de los métodos teóricos aplicables a la investigación jurídica el **sistémico- estructural- funcional**, que es el aplicable al presente trabajo, pues, señala:

Es un método válido para estudios cuyo objeto forma parte de un sistema; en el derecho, el enfoque sistémico, permite visualizar el objeto que se investiga, dentro del entramado de relaciones en el que se integra, delimitar su rol funcional dentro del subsistema jurídico, desmembrarlo en sus diferentes estructuras y eslabones. (Villavela, 2017, p. 936).

El presente trabajo es sistémico- estructural- funcional, ya que se trata de encontrar la naturaleza jurídica de una causal de divorcio, vale decir, categorizar la causal de Imposibilidad de hacer vida en común, dentro de una estructura diferente a la cual se incorporó;

posibilidad que se viene estudiando a través del anteproyecto de reforma del código civil, de esta forma, encontraremos la función que cumple dentro del ordenamiento jurídico.

Así también dentro de los métodos aplicables para la investigación jurídica, aplicamos para el presente trabajo, el **método dogmático**, pues lo que se trata es de explicar y desarrollar los alcances normativos, a través de las variables hermenéuticas: literal, histórica, teleológica y sistemática. Asimismo, el profesor y magistrado Carlos Ramos Núñez, precisa que “a través de este método se recurre, además de las normas legales, a la doctrina, al derecho comparado y, ocasionalmente a la jurisprudencia”. (Ramos 2000, p.74).

1.9 Técnicas e instrumentos de recopilación de información

1.9.1 Técnicas

1.9.1.1 Del análisis de contenido documental

a) Fichaje

Utilizamos esta técnica pues es útil para recolectar y almacenar información, se utiliza principalmente en el análisis documentario.

1.9.1.2 Del método dogmático

a) Argumentación

Esta técnica se ve en nuestra investigación en tanto justificaremos las razones, teorías y

posiciones doctrinarias que sustentan la imposibilidad de hacer vida en común en función a la protección a la familia y la libertad conyugal.

1.9.2 Instrumentos

1.9.2.1 Del análisis documental y el fichaje

A. Fichas de resumen:

Contienen el resumen de un libro completo, de un capítulo, o de un apartado de un libro, se utilizaron:

a) De citas o textual:

Contienen una afirmación textual, no un conjunto encadenado de afirmaciones como el resumen y la síntesis.

b) Personales o de comentario:

Contienen una idea que se nos ha ocurrido y que queremos conservar evitando que caiga en el olvido.

1.9.2.2 De la argumentación

Redacción.

1.10 Estado de la cuestión

1.10.1. De la búsqueda de trabajos investigativos vinculados a la presente investigación, encontramos una tesis presentada en el año 2006, en la Escuela de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por la abogada Elvira María Álvarez Olazábal, para optar el grado de Magíster, con el título siguiente: **Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o solución? (Álvarez, 2006)**, a través de la cual se identifica que la causal de separación de hecho, no protegía a la institución del matrimonio haciendo permisible el divorcio; y que la causal de imposibilidad de hacer vida en común presenta dificultad de probanza, se identifica como causal de culpa y que carecía de un mayor tratamiento legislativo.

1.10.2. Así también, en la búsqueda en la página RETINA¹ de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, pudimos encontrar la tesis para obtener el título de abogada de la alumna, Anita Hernández Guevara, de la Universidad César Vallejo, titulada: **"El divorcio sanción en el Perú y España, en el marco de la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad"**, a través de la cual, realiza

¹ RETINA- SUNEDU. *Trabajos de Investigación*. Extraído de: <http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1203820>

un análisis comparado de nuestro sistema de divorcio sanción y sus fundamentos, y la legislación española donde el sustento jurídico, social e ideológico del divorcio ha sido la flexibilización de esta figura al regular el divorcio incausado, a fin de garantizar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges al pretender la disolución del matrimonio.

1.11 Unidades de análisis, universo y muestra

No se aplica, pues el tipo de investigación que desarrollamos es de carácter básica.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Aspectos *Ius* Filosóficos

2.1.1. Concepciones filosóficas que inspiran la discusión

El Derecho, históricamente ha sido objeto de diversas concepciones, como: actividad, arte, ciencia, entre otras; que intentan explicar su esencia. El presente trabajo al buscar identificar la naturaleza jurídica de la causal de divorcio de imposibilidad de hacer vida en común, su incorporación en nuestro sistema y la impertinencia de ser contemplada como causal genérica, por no responder adecuadamente al principio de protección de la familia y al derecho de libertad de los cónyuges; hemos de situar nuestra posición no solamente en fundamentos teóricos sino también en aspectos *Ius* filosóficos.

El positivismo jurídico ha sido históricamente la postura más sólida dentro del estudio del derecho, la postura kelseniana y el respeto a los enunciados normativos, hacían que necesariamente, cualquier institución sea observada y contemplada como existente, en cuanto a su inclusión en un cuerpo normativo, al margen del contenido moral o si respondía a criterios de justicia, pues esta última estaba implícita una vez culminada la labor del legislador y habiendo el producto “norma”, la misma sería válida, por su estructura, y justa en su contenido.

Conforme a la estructura de la norma, la postura kelseniana identifica como sus componentes, a la conducta que es la condición de la sanción y la consecuencia jurídica, por lo que de no existir consecuencia jurídica alguna, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha disposición como una norma jurídica por tanto, es el legislador quien establece los componentes de la estructura normativa, estos son: supuestos de hecho, consecuencia jurídica y nexo causal deontológico (deber ser).

Esta concepción del positivismo teórico, para algunos estudiosos, ha ido evolucionado, pues los enunciados legislativos, ya no serían, en esencia, disposiciones que llevan implícitas el componente axiológico, los ideales de justicia no parten de la actuación del legislador, sino de una labor de juicio que hace otro sujeto a partir de una justificación interna y externa, en un caso concreto superponiendo principios con contenido ético, los mismos que soportan el orden jurídico. Así, señala el profesor español Manuel Atienza en el libro que tuvo como coordinador al profesor Núñez (2014), "Modelando la Ciencia Jurídica":

Parece obvio que el modelo de ciencia jurídica de la teoría pura de Kelsen se aleja mucho de lo que realmente hacen los dogmáticos del derecho, que en absoluto se limitan a describir las normas válidas dejando fuera de sus elaboraciones cualquier ingrediente de carácter social o axiológico" (Núñez, Bulygin, Guastini, Atienza & Lundstedt, p.130)

Del mismo modo, la dogmática jurídica adopta una importancia diferente a ser concebida como un conjunto de meros enunciados normativos en su dimensión descriptiva o prescriptiva, pues, tal como lo señala el profesor español, citando al desaparecido profesor Albert Calsamiglia:

Sus “reglas de juego” están al servicio de los valores de seguridad jurídica, de igualdad y de solución justa de los conflictos sociales; subraya la apertura de la dogmática a reflexiones de filosofía moral y política, teoría económica y sociología; y en particular, considera que “el razonamiento moral (...) constituye uno de los pilares básicos de la reflexión dogmática”. (Núñez et al., 2014, p. 136).

Según Atienza (2014), es sumamente importante que, para entender al derecho como argumentación, se debe cambiar el paradigma de la dogmática jurídica, de un modelo tradicional a un modelo reformista, pues solo entendiendo a la dogmática como la conjugación de la técnica con la práctica se lograría una actividad valiosa y útil:

La dogmática tradicional se centra en el derecho formalmente válido y no en el derecho en acción; se desentiende de los valores sustantivos del derecho y privilegia, ante todo, el de seguridad jurídica (los valores formales); propende al uso de argumentos basados en la autoridad y dirigidos a interpretar de manera literal las normas, mientras que es reacio a la utilización de argumentos teleológicos o valorativos. (Núñez et al., p. 140)

De lo señalado por el profesor español, se puede ir concluyendo, que en el derecho así como en la dogmática jurídica, no puede asimilarse que los fines están implícitos o previamente dados, de allí, que el tipo de actividad requerido, no pueda ser simplemente

técnico sino práctico; por esa razón el rol del juzgador sería de suma importancia, pues el razonamiento a realizar a partir de los enunciados normativos, no será de carácter estático, sino dinámico cumpliendo finalidades teleológicas y axiológicas, siendo así, esta tendencia corresponde a un neopositivismo. Estas ideas concuerdan con la postura de R. Dworkin (2000), para quien el Derecho es una rama de la moralidad política, y que los juristas- de manera destacada, los jueces, en particular los de los tribunales superiores- son algo así como filósofos políticos en acción.

No es tan diferente el pensamiento del profesor Ricardo Guastini (Núñez et al., 2014), cuando para referirse al concepto de Derecho, nos muestra lo que para él es el realismo jurídico, teniendo éste, tres componentes:

2.1.1.1. Realismo Jurídico

A. Realismo metodológico

El punto principal es la interpretación considerada por antonomasia a la actividad realizada por el operador judicial, pero también, por los juristas (doctrinal o dogmática), refiere a la interpretación en sentido estricto, y la denominada construcción jurídica, entendida por Guastini (Núñez et. al 2014), como una “actividad nomopoiética de jueces y juristas” (p. 95), siendo una labor más compleja en el sentido que a través de la subsunción, no se podrá llegar al alcance

de la totalidad de operaciones jurídicas intelectuales, dentro de las cuales destacan:

- a) La creación de lagunas normativas y, sobre todo, axiológicas
- b) La concreción de principios
- c) La ponderación de principios en conflicto
- d) La creación y en ocasiones la resolución de antinomias.

B. Realismo ontológico

Guastini (2014), refiere que el derecho es la combinación de tres concepciones:

- 1) Como conjunto de textos normativos, promulgados por los legisladores, conjunto de formulaciones normativas (Hernández, 1998), éstas o disposiciones normativas, son hechos de tipo especial, entidades del lenguaje, producto de actos lingüísticos.
- 2) Como conjunto de normas, que se extraen de dichas disposiciones mediante la interpretación, en sentido amplio (interpretación en sentido estricto- judicial y dogmática- y la construcción jurídica).

3) Como conjunto de normas vigentes, es decir, aquellas efectivamente aplicadas (usadas para motivar las decisiones) en el pasado y previsiblemente aplicables en el futuro, por los jueces, pero también por la administración y los supremos órganos constitucionales.

C. Realismo epistemológico

Señala en principio, que la doctrina o lo que conoce como el estudio o análisis de los enunciados normativos, no es un metalenguaje, sino también construcciones del lenguaje, y por tanto, no es ciencia del derecho sino parte del derecho mismo; finalmente toma en cuenta al derecho como norma vigente, es decir, en su aplicación presente a través de la decisión judicial y su viabilidad para el futuro. (Núñez et. al, 2014)

Es marcada, entonces, en muchos filósofos, el papel del operador judicial en la construcción del derecho, y hay quienes han profundizado más en la nueva dogmática jurídica; el destacado profesor Robert Alexy (2017), contempla dos clases de justificaciones que debe tener el operador jurisdiccional al resolver un caso problemático, nos referimos a la justificación interna y la justificación externa, la primera referida al silogismo lógico de premisas y la segunda referida a la fundamentación de dichas

premisas; respecto a lo segundo, que es lo que nos interesa para efecto del presente trabajo, el señalado autor, precisa:

La fundamentación de una regla, en tanto regla de Derecho positivo, consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico, (...) puede ser necesario interpretar las reglas que definen los criterios de validez. Esto tiene especial importancia, si entre los criterios de validez se encuentran límites constitucionales, por ejemplo, un catálogo de derechos fundamentales. La argumentación jurídica puede ser de una importancia decisiva, no sólo en la interpretación de la norma válida, sino también en el establecimiento de validez de esa norma. (p.319)

En el fragmento citado, vemos marcada la postura de derrotabilidad de las reglas, pues no solo se contempla la interpretación de éstas al caso concreto, sino precisa un examen de validez de las mismas, un aspecto que, a nuestro entender, es peligroso, pues se dotaría al juez de un poder “legítimo”, que podría romper los principios de predictibilidad y seguridad jurídica, criterios que servirían para inutilizar la labor del legislador, y supeditar los hechos a un juzgador que está imbuido no solo por cuestiones jurídicas, sino por creencias políticas, religiosas, sociales, etc.; y cuya decisión sea de observancia para la solución de casos futuros.

El profesor Alexy (2017) refiere acerca de una teoría de las normas, la misma que clasifica al ordenamiento en reglas y principios, y define a las primeras como “mandatos definitivos”, mientras que los segundos son denominados “mandatos de optimización”. Las reglas son entendidas como normas condicionadas, ordenan algo

siempre que se satisfagan ciertas condiciones, aunque también las reglas pueden revestir forma categórica (normas obligatorias o prohibitivas); para el citado profesor, si la regla tiene validez y es aplicable, el mandato es definitivo; en consecuencia, las normas se cumplen o se incumplen mediante el ejercicio de subsunción. Por su parte, los principios se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados, y por la medida de cumplimiento ordenada no solo de las posibilidades fácticas (mediante subprincipios de idoneidad y necesidad), sino también jurídicas (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto- ponderación). (pp.458- 460)

Los principios están referidos a postulados morales fundamentales que adoptan la forma de derechos fundamentales (Alexy, 2017, p. 498), los que una vez conflictuados respecto a un hecho en concreto, no se someten al ejercicio subsuntivo, sino al principio de proporcionalidad.

Estos criterios, que en un inicio parecían estar bien definidos, pues las reglas y subsunción fueron estudiadas por el positivismo, y las antinomias entre ellas, resueltas a través de las denominadas meta reglas; por su parte, los principios conflictuados, se dilucidan por el test de proporcionalidad; sin embargo, esta nueva corriente llamada post positivismo, ha sobredimensionado el tratamiento de los principios, de allí la acuñación de principialismo, y su pertinencia no solo ante el conflicto entre principios, sino entre estos y las

reglas (derrotabilidad), creando el enfrentamiento entre el positivismo y el principialismo.

Coincidimos en la importancia de los principios y que estos orientan el ordenamiento jurídico, además que las normas deben direccionarse en función al respeto a los derechos fundamentales, sean estos positivizados o no, sin embargo, consideramos en que no podemos relativizar todo, y dejar a criterio único del juzgador la derrotabilidad de las reglas aplicando principios implícitos, ya que ello crearía inseguridad jurídica y la acentuación de la arbitrariedad judicial.

En un debate realizado el 2019 entre dos grandes exponentes españoles de la argumentación jurídica, uno de ellos trajo a colación una jurisprudencia mexicana sobre divorcio, en la cual se decidió disolver el vínculo sin necesidad de invocar alguna de las causales que su legislación orientaba, rescatamos su postura:

¿Qué teoría del derecho hacemos cuando incentivamos, cuando llamamos a los tribunales a aplicar principios? y luego, viene Manuel Atienza a clasificarlos en principios buenos y principios malos; tú y yo no tenemos que ser Dios, tiene que haber una teoría del derecho suficientemente articulada y precisa, como para que no quede todo a tu juicio y al mío, ni que quede a lo que disponga, en función de su ideología, de sus creencias, de su fe y de sus manías, el presidente o el ministro de aquella corte constitucional.

Yo no he dicho que los jueces de la corte suprema mexicana sean los que son y que por tanto está mal que ponderen, son seguramente excelentes, cultos y muy preparados, lo que yo digo, es que una teoría del derecho que es tan difusa, tan vaga, como para tener su máximo mensaje en que hay un amalgama de reglas, valores y principios, y hay que

ponderar, y caso por caso; está invitando a jueces cultos, pero que a lo mejor un día, tienen un mal día; a un activismo dañino que lleva a que Latinoamérica esté como esté, y tenéis que ser conscientes de vuestra responsabilidad en la situación jurídica que hay hoy, porque estáis diciendo a los tribunales de medio mundo, tranquilos: “relativizar solo, todo es derrotable, mirad caso por caso y viva la injusticia”.

Es el juez, el que decide si hay distorsión o no, la distorsión no es un dato objetivo, cuando un juez quiere saltarse la regla, incluso las que protegen más férreamente el derecho, dice que hay una distorsión, y decide lo que le da la gana contra la regla y contra el derecho.

En el caso del divorcio de la corte mexicana (refiriéndose al causal), dijeron, nos parece injusto, vulnera el principio de libre desarrollo de la personalidad y por tanto lo tachamos, yo creo que el argumento de la justicia, ahí no viene al caso, da igual que sea justo o injusto, se está suplantando a legislador, a base de utilizar un principio implícito. (García Amado, 2019).

La tarea es evitar cualquier viso de arbitrariedad, que es diferente a discrecionalidad judicial, la cual ha sido discutida durante diferentes etapas, desde el formalismo ingenuo del siglo XIX, la discrecionalidad solo debe manifestarse en tres supuestos: 1) ambigüedad u oscuridad, 2) lagunas del derecho y 3) antinomias normativas. (García Amado J. , 2008).

Aunado a lo señalado, no podemos dejar de mencionar al ilustre maestro italiano Luigi Ferrajoli (2004), y precisar que los principios como normas morales no son meros orientadores de las decisiones judiciales, dejando de lado cualquier labor legislativa, por el contrario, dotan de contenido a la ley, pues la validez y vigencia de ésta, no dependen más de la sola emisión por voluntad del soberano, ni la simple obediencia al procedimiento para su

creación, dejando para el juez el papel de ser la boca de la ley. Actualmente toda construcción normativa debe respetar el marco constitucional, los derechos fundamentales de las personas, lo que el citado profesor denomina, principio de estricta legalidad:

Con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y de la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. (p. 66).

En este orden de ideas, nuestro trabajo es propositivo, a partir de postular un cambio desde la potestad legislativa, atendiendo a la obediencia de los derechos fundamentales de libertad y protección de la familia, sobre la rigidez de causales, no permitiendo así al juzgador, ir derrotando reglas de divorcio, ya sean las vigentes, o aquellas supeditadas a la aprobación del anteproyecto de reforma del código civil, que contiene el divorcio quiebre (imposibilidad de hacer vida en común).

En consecuencia, la regla plasmada en el art. 333° del código civil peruano, conteniendo las causales de separación de hecho y divorcio, entre ellas, la de imposibilidad de hacer vida en común, han caído en la ausencia de soporte social, pues, su diseño se creó en el afán de proteger al matrimonio, sin embargo, sometidas por años a la práctica, han evidenciado la continua transgresión a los derechos constitucionales de protección de la familia y la libertad

individual de los cónyuges, siendo un obstáculo innecesario para la tutela de los mismos.

No obstante ello, no respaldamos la práctica efectuada por tribunales de México, al obligar resolver procesos de divorcio dejando de lado causales establecidas en sus respectivos ordenamientos, en respeto a la derrotabilidad de las normas, privilegiando los principios, pues creemos que si las normas, en su alcance general, no responden a criterios morales o derechos fundamentales, es labor del legislador y no del juez, modificarlas o derogarlas, el juez podría inaplicar una norma por contravenir un derecho fundamental para un caso específico, pero ésta actividad no debe tener carácter general ni dirigir la decisión de otros casos.

2.1.1.2. Postura metaética del constructivismo moral de los Derechos Fundamentales

Finalmente, podemos señalar que los derechos fundamentales son límites y orientan la actividad normativa, a la vez, dichos derechos tienen un fundamento superior, esta postura metaética es denominada constructivismo moral; Nino, citado por Mauricio Beuchot (1993, pp. 44- 45) refiere al respecto, que los derechos fundamentales son normas morales, las mismas que se sustentan en principios morales, cuya validez no depende de la aceptación que se les dé, sino que son contruidos por las convenciones conceptuales

y metodológicas del discurso moral. Según el citado autor, tres son los principios que sustentan a los derechos fundamentales:

A. Inviolabilidad de la persona

“Prohíbe imponer sacrificios a una persona por beneficiar a otros” (Nino, 1984), vale decir, la no exigencia del comportamiento de héroe. Nino se opone a cualquier colectivismo, dando los derechos a los individuos, y no a las agrupaciones.

B. Autonomía de la persona

A través del cual “asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia” (Nino 1983), de lo que se trata es de actualizar las potencialidades del individuo, de darle su realización y plenitud, según el criterio de excelencia humana que él seleccione.

C. Dignidad de la persona

Este principio, refiere Nino (1984), se encarga del “trato a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación a otras propiedades sobre las cuales no tiene control (...) Implica que al hombre se le respeten sus decisiones, intenciones o manifestaciones del consentimiento. Es el respeto por la voluntad del individuo”.

Teniendo en cuenta las ideas de Nino, que son a la vez, fundamentos actuales de la lucha contra la violencia hacia la mujer y los grupos vulnerables, estos mismos tres principios que sustentan a los derechos fundamentales: la inviolabilidad, autonomía y dignidad del individuo, permiten hacer una nueva construcción de pensamiento respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de una familia a raíz del matrimonio; pues el derecho fundamental a la protección de la familia no está íntimamente vinculado a la indisolubilidad o excesiva dificultad en disolución del matrimonio, como antes se creía, sino que va más allá, a la creación de proyectos de vida que, indefectiblemente son variables, que el “sacrificio” en beneficio de otros, puede lesionar la tranquilidad de estos últimos y del sacrificado, haciendo su vida tormentosa y carente de dignidad.

El ordenamiento jurídico debe obedecer al respeto de los derechos fundamentales de libertad y protección de la familia, eliminando trabas procesales, que lo único que generan es deteriorar aún más las relaciones entre los integrantes del grupo familiar, dentro del cual, los más vulnerables, indefectiblemente, son los niños y niñas.

Sin embargo, la causal en estudio, “imposibilidad de hacer vida en común”, como divorcio quiebre, no elimina del todo el riguroso trámite probatorio, pues si bien ya no deviene en sanciones personales, ni algunas patrimoniales como la pérdida de los gananciales que provienen de los bienes del otro cónyuge;

mantiene la necesidad de convencer al juez de que la unión está fehacientemente rota, y además, en el caso peruano, la responsabilidad civil por daño moral, aunado a la indemnización hacia el cónyuge perjudicado.

Por ello es necesario no dejar al arbitrio del razonamiento judicial, el exceso de aplicación principialista derrotando las reglas de las causales de divorcio, sino que imprime, una modificación legislativa que proteja en verdad a los integrantes del grupo familiar, en sus derechos fundamentales.

2.1.1.3. Concepción filosófica del matrimonio como instituto natural

La permanencia del matrimonio es una concepción ligada a la religión y cuyos fundamentos en la actualidad ya no existen, como, por ejemplo, ser la única manera de formar una familia, y que sea uno y para siempre.

En la época de San Agustín, en el siglo IV, se concebía al matrimonio como el inicio de la procreación, sostenía que la unión del hombre y la mujer, causa de la generación, constituye el bien natural del matrimonio.

Aún en la edad media (siglo XIII), Santo Tomás de Aquino sostenía que es Dios “el autor del matrimonio” y que, además, “la naturaleza del hombre inclina al

matrimonio, por parte de la diferencia (es decir, no en tanto que animal, sino racional)”

Desde San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino, ya en el siglo XX, cinco siglos después, se ha seguido considerando al matrimonio como instituto natural, vía de la realización del hombre y como medio para alcanzar la felicidad.

En la actualidad, el matrimonio no, es más, la única forma de construcción de la familia, así también, la Constitución Política del Perú de 1993, y demás ordenamientos del mundo, reconocen protección, no al matrimonio en estricto, sino a la familia como institución social y a cada uno de sus miembros en su libre creación de proyectos de vida.

2.2. Aspectos jurídicos

2.2.1. Marco Convencional y Constitucional de Familia

2.2.1.1. Convencional

El tratamiento jurídico de la familia, se articula desde el plano convencional, a fin de sistematizar nuestro ordenamiento al modelo internacional del cual, el Perú es parte, así pues, el artículo 16² de la

² Artículo 16

Declaración Universal de Derechos Humanos,
precisa:

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. (...)

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En una descripción similar, el Art. 17³ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), esboza un concepto de familia además de la protección a la misma y a sus miembros, para utilidad de este trabajo, citaremos dos de sus incisos:

-
1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento². Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

³ Artículo 17. Protección a la Familia

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

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (...)

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Se puede advertir de lo citado, que la familia constituye el grupo humano base fundamental de la sociedad, su protección es de interés de los Estados, y si bien se considera al matrimonio como una institución histórica social y jurídica, se deja de lado el criterio indisoluble del mismo, centrándose, en todo caso, en las consecuencias que irroque para los hijos e integrantes del grupo familiar.

2.2.1.2. Constitucional

a) Constitución Política de 1979

Es necesario detenernos en el tratamiento que se dio a la familia y al matrimonio en la Constitución anterior a la vigente, a fin de identificar que nuestra ley de leyes, en su artículo 5⁴, no solo establecía el principio de

⁴ **Artículo 5.**

El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

protección de la familia, sino también del matrimonio, influenciada por la corriente antiodivorcista que aún imperaba entre gran número de juristas del tema familiar, y de la sociedad conservadora y clerical. Así refiere la disposición señalada: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. (...)”.

b) Constitución Política de 1993

La carta magna vigente contempla en su art. 4° el principio de protección de la familia, pero a diferencia de su antecesora, se deja de lado la protección del matrimonio, y se acuña la denominación, “promoción” del mismo; reconociendo implícitamente la existencia de otras formas de constitución familiar, pero acentuando su tutela privilegiada en una forma específica de ella, el matrimonio. El artículo mencionado, precisa:

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

Artículo 4°.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

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

De la redacción de este artículo podemos advertir una situación llamativa referida a que el Estado reconoce no solo a la familia como un elemento natural de la sociedad sino también al matrimonio, tal y como se concebía en la edad media por filósofos como San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino.

Como bien se dijo, al cambiar el término protección por el de promoción del matrimonio, el Estado reconoce y protege otras formas de constituir familia, sin embargo, discrimina a estas últimas al instituir como elemento natural solamente al primero.

Al omitir la protección del matrimonio y haber acentuado, conforme la constitución predecesora, la posibilidad de disolución del vínculo, el matrimonio no es más una

institución indisoluble ni el Estado debe establecer estricta rigidez en la permanencia de la unión jurídica cuando ésta lesiona derechos fundamentales de los integrantes del grupo familiar, en especial de los hijos, si los hubiere.

2.2.2. La Familia

2.2.2.1. Etimología

El término familia tiene un origen etimológico incierto, así lo explica el destacado profesor Enrique Varsi Rospigliosi (2011a):

Según una primera teoría, la palabra familia procedería del sánscrito, idioma de la lengua indoeuropea similar al latín y al griego en Europa. En esta corriente, algunos reflejan su relación con los vocablos *dhd* (asentar) y *dhaman* (asiento, morada) designando la casa doméstica y, en un sentido específico, los bienes pertenecientes a esa morada, el patrimonio. Otros en la raíz *vama*, hogar o habitación comprendiendo a todos los sujetos que compartían un mismo techo. Este último es, en su sentido vulgar, el concepto que se tiene de familia.

Quienes sostienen el origen itálico alegan que en su naturaleza está la voz latina *fames*, hambre, como referencia que es en la familia donde se satisface esta necesidad fundamental. Pero la teoría que merece mayores seguidores explica que familia procede de la voz *familia*, derivada de la voz latina *famulus*, que deviene de *famel* (idioma de los Oscos) referente al sirviente o esclavo, por lo que familia vendría a ser el conjunto de esclavos pertenecientes a un hombre. (pp. 13-14)

2.2.2.2. Concepto semántico y clásico

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que la familia es el grupo de personas emparentadas (parentesco como relación existente entre dos o más sujetos en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción, que conforman una familia) entre sí, que viven juntas⁵.

Jurídicamente, el ilustre profesor Héctor Cornejo Chávez, miembro de la comisión revisora del código civil de 1984 en el libro de familia, y citado por el Dr. Max Arias Schreiber (1997), señalaba que la familia puede ser entendida en sentido amplio y en sentido restringido:

En sentido amplio, la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco y la afinidad; y en sentido restringido, la familia puede ser entendida como:

a) El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente sólo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear, la cual puede restringirse aún más, cuando los hijos conviven con uno solo de los padres. (...)

b) La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes;

⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Familia. Recuperado de: <https://dle.rae.es/familia>

c) La familia compuesta, que es la nuclear o la extendida a más de una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de la familia. (p. 25).

2.2.2.3. Concepto Postmoderno

El concepto de familia ha tomado un matiz hacia el respeto de los derechos individuales antes que cohesionales, el individuo como centro del respeto de sus derechos, evitando la noción de exigencia del comportamiento como héroe o el sacrificio hacia otros en detrimento de su propia felicidad y bienestar.

La familia es el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socioeconómica, que aún sin convivir físicamente comparten necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal. (Oliva, 2014, p.17)

Existen diversos conceptos de familia, desde distintos ámbitos: sociológico, psicológico, jurídico; no existe, por tanto, una definición científica de familia, pero sí conocemos la necesidad de protección del grupo humano – no así de las formas de unión- como de cada integrante que la conforma.

2.2.3. Matrimonio

2.2.3.1. Etimología

Nuevamente acogemos lo señalado por el Dr. Enrique Varsi (2011b), en su Tratado de Derecho de Familia:

Se dice que deriva de *matrimonium*, expresión conformada de *matris*, madre, y *munium*, carga o gravamen, identificando a la mujer, en reconocimiento de su labor natural de engendramiento, preñez, parto y crianza (como lo refieren las partidas). Es la mujer quien dirige a la familia y quien carga desde el inicio hasta su fin con el mayor dolor y responsabilidad. Castán y Tobeñas niega su relación con la mujer, demostrando que en casi todas las lenguas románticas existe, para designar la unión conyugal, sustantivos derivados del *maritare*, forma verbal latina de *maritus*, marido, de *mas*, *maris*, el varón (p.36)

Este último significado no es muy recurrido, no se puede negar que la idea etimológica del matrimonio está ligada a la mujer o a la madre, aduciendo al soporte de la unión que recae en ella, por el contrario, la palabra patrimonio, provendría de las voces *patris* y *munium*, vinculado a la carga que soporta el marido, en la búsqueda de bienes para proveer a la familia; sin embargo, estos conceptos a la actualidad, se

quedan en lo etimológico por los diversos roles que pueden compartir los cónyuges en atención al ejercicio de sus derechos de libertad e igualdad entre ellos.

2.2.3.2. Concepto

Reynoso Mallqui (2001), define al matrimonio como “La unión espiritual y corporal en forma permanente de un hombre y una mujer, asociados bajo un mismo fin: la procreación y perfección de la especie, mutuo auxilio y consecución de la más plena convivencia comunitaria, sancionada por la ley y disoluble sólo en los casos en ella especificados.”(p. 149).

A diferencia del término “familia”, en cuanto al matrimonio, las legislaciones sí han estipulado una serie de definiciones en sus códigos civiles, así, el código civil peruano de 1984, señala: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común (...)”⁶.

⁶ **Artículo 234**

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

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

De la definición expuesta podemos colegir, en principio, que nuestra legislación solo contempla la unión entre varón y mujer, excluyendo (por lo menos en la actualidad) a los matrimonios entre personas del mismo sexo, así también, la unión debe ser voluntaria, asignando, de este modo, la institución matrimonial a un tipo de acto jurídico en sentido estricto, lo cual exige, en consecuencia, la libertad para contraerlo; y como todo acto jurídico, tener un fin o causa, siendo en este caso, la de hacer vida en común, excluyendo antiguas concepciones históricas de la procreación o perpetuidad de la especie.

2.2.3.3. Antecedentes

En sus inicios, el matrimonio se constituía de manera grupal. Una mujer compartía muchos hombres (poliandría) y un hombre, muchas mujeres (poligamia), sin embargo, por la dificultad de compartir derechos y deberes entre varias personas, es que se llega al matrimonio monogámico sustentado en el deber de fidelidad. (Varsi, 2011b, p.29).

Una de las modalidades históricas de matrimonio en la antigüedad fue la conquista, el hombre conquistaba a la mujer por medio de la fuerza, la guerra y el rapto, una vez que esto ocurría, a las mujeres se les

aplicaba la ley del vencido, por lo que se veían sometidas cual esclavas. (Varsi, 2011b)

En la antigua Roma, el principio era la monogamia, pues la antigua poligamia ya no existía en esa nación, por el contrario, el concubinato si estaba muy extendido, y ya se lo consideraba como institución legal. Dentro de las reglas aplicables al matrimonio monogámico, se establecía que el marido casado no podía desligarse del patrón, aunque éste lo quisiera; además la mujer infiel era repudiada y castigada como adúltera. (Álvarez, 2006)

El matrimonio era un lazo sagrado por excelencia, representaba para la mujer como un segundo nacimiento, ya que no podía pertenecer a dos familias ni practicar dos religiones domésticas. Por lo tanto, previo a las nupcias, el jefe de su familia de origen tenía que realizar una ceremonia para desligar a la hija del hogar paterno. (Badilla & Piza, 2018)

El matrimonio romano no exigía solemnidades ni formas, ni la intervención de alguna autoridad, tenía dos elementos: a) objetivo: convivencia (*cum manu*-sometimiento de la mujer al marido), b) subjetivo: *afectio maritalis*; solo por costumbre levantaban un

acta en donde constaba la dote de la mujer y otras convenciones.

En otras realidades, era más marcado aún el trato entre familias y la compra de la mujer, además que se permitía la poligamia, tal como lo señala Tácito, citado por Álvarez (2006).

En el derecho germano, no era la mujer la que aportaba la dote al marido, sino que era el marido el que se la llevaba a la mujer, y que en ceremonia solemne entregaba a ésta un par de bueyes, un caballo, escudo, pica y espada. Aquí el denominado “matrimonio en la puerta de la iglesia”, simbolizaba la transferencia de la potestad paterna a la marital por la entrega de dinero, armas, etc. La mujer comprada quedaba sujeta al marido, y todo lo que ella poseía de mueble e inmueble pasaba a poder de éste. (p. 17)

La religión ha tenido un rol preponderante e influyente, incluso hasta nuestros días, dentro de la concepción del matrimonio, pues desde el pensamiento de la Roma clásica, éste no estaba ligado a componentes de tipo erótico, ni se buscaba con el afecto el mantenimiento del vínculo, sino:

Era una suerte de unión en culto y las creencias; tenía por finalidad básica la procreación dentro de los ritos de la religión doméstica, asegurando su perpetuación en las generaciones futuras. El imperativo era continuar la descendencia para que no se extinguiese el culto propio doméstico; pero la descendencia debía provenir de un matrimonio religioso, pues el bastardo, no podía desempeñar el papel que la religión le asignaba al que ella consideraba hijo. (Mizarhi, 2001, p.42)

La finalidad del matrimonio era la continuidad del culto doméstico ligado al varón, pues la idea central dominante la constituía el mantenimiento de la descendencia. Esta aseguraba, según las creencias en boga, la inmortalidad en paz de los vivientes. (Badilla & Piza, 2018).

El período de la Edad Media trae consigo nuevos paradigmas, pues de ser un pacto entre hombres o entre familias -para el sometimiento de la mujer al poder y ámbito familiar del hombre- ha transitado al rescate del principio de libertad matrimonial bajo el amparo dogmático del consensualismo de los contrayentes; en el plano jurídico, se empezó a hablar del principio de la igualdad entre el hombre y la mujer, y a la postre, dejar sentado, a través del derecho canónico, que el casamiento era una de los siete sacramentos, se instituyó la corriente doctrinal que vino a configurar la unión nupcial como indisoluble a partir del canon 1055, a inicios del siglo XI. (Badilla & Piza 2018).

En el siglo XVIII, los Estados tomaron competencia sobre el matrimonio, y empieza a tomarse un matiz diferente a partir de las llamadas revoluciones

liberales (siglos XVIII e inicios del XIX), se empieza a hablar de la institución del matrimonio civil.

La Revolución francesa como en diferentes aspectos, influenció determinadamente el ámbito social, la filosofía y el derecho; no escapó de ello el matrimonio, lo que cambió fue el papel del Estado:

Bajo el antiguo régimen, el Estado poco o nada tenía que ver con el matrimonio: este era un sacramento y, en consecuencia, se hallaba dentro de la competencia de la Iglesia. El nuevo orden legal arrebató a la iglesia la jurisdicción y se la confió al Estado laico y hace del matrimonio un contrato civil. (Ramos 1997, p. 34).

2.2.4. Divorcio

2.2.4.1. Etimología

“El divorcio, como vía del derecho usada para desunir a la pareja casada halla su primera aproximación conceptual de origen etimológico en el vocablo latino ***divortium***, cuya traducción, en buen romance, evoca separación, división, ruptura o disolución”. (Acedo & Pérez, 2009, p. 287).

2.2.4.2. Concepto

El profesor Héctor Cornejo Chávez (1999), refiere en pocas palabras: “El divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato,

obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, contraer otro". (p. 323).

A decir del Dr. Álex Plácido Vilcachagua (2001):

El divorcio determina la disolución del vínculo matrimonial; cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque puede subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades; determina la pérdida por el cónyuge culpable de los gananciales que proceden de los bienes del inocente; provoca la extinción de la vocación hereditaria entre ellos; y, posibilita que el cónyuge inocente exija una indemnización por daño moral. (p. 212).

Sin embargo, consideramos que el Dr. Plácido, conceptúa al divorcio desde una tendencia más alineada a las causales inculpatorias, por ello, nos atrevemos a esbozar un concepto menos restrictivo:

El divorcio es una institución jurídica que disuelve el vínculo matrimonial (Código Civil, art. 348), pone fin a los derechos y deberes personales y patrimoniales entre cónyuges -excepto por indigencia o discapacidad- subsistiendo solo los relativos a los hijos, y según el caso, la obligación compensatoria hacia el ex consorte, además de recobrar, la aptitud nupcial.

2.2.4.3. El Divorcio a Partir de la Iglesia

En los tiempos bíblicos, la ley de Moisés permitía repudiar a las mujeres, que era como dar carta de divorcio, pero era un derecho reconocido solamente a los hombres. Es posible que el patriarca tomara esa costumbre de la sociedad egipcia, donde se practicaba. El mismo Abraham pidió el repudio-divorcio de Sara a pesar de que su mismo Dios le había profetizado que ésta sería madre. (Revista Impar, s.f., pág.1)

El divorcio siempre ha sido visto con cierta ojeriza o animadversión, cuyo, y cuya época de rechazo se fortaleció aún más durante la Edad Media cuando el matrimonio llegó a ser instituido como uno de los siete sacramentos reconocidos por la Iglesia Católica. (Acedo & Pérez, 2009, pp. 286-287)

En un principio, el divorcio era recurrido solo por el varón a causa de la infidelidad de su mujer, dando la posibilidad al marido de sancionar, con el repudio, el acto indigno de su cónyuge:

En la decodificación del mensaje escatológico de la Biblia, los exégetas de las Sagradas Escrituras sostienen que aquello desagradable para el marido no era otra cosa que la indecencia, infidelidad e inmoralidad de la mujer, lo cual podía ser puesto en evidencia a través de la fornicación prematrimonial, descubierta por el cónyuge luego de contraer nupcias, y del adulterio, siendo tales causas a la razón, las únicas que daban lugar a la entrega de la carta de repudio o de divorcio en contra de la esposa”(Acedo & Pérez 2009, p. 286-287)

2.2.4.4. Breve reseña del Divorcio

En las postrimerías de la época republicana de origen romano, cuando el emparentamiento entre un hombre y una mujer solía darse sobre la base de la *afectio maritalis* y la simple cohabitación, el divorcio, *prima facie*, empezó a usarse entre la gente de estratificación plebeya, pero, a fuerza de la práctica consuetudinaria, pasó a tener aplicación general, hasta el punto de llegar a ser tan común como el matrimonio en sí.

A raíz del triunfo de la revolución francesa en 1789, el divorcio como vía de extinción del matrimonio, tuvo una vigencia de corta duración, pues luego de la codificación decimonónica, *máxime* la prevista en el Código Civil napoleónico, guiado por el derecho canónico, se reintrodujo en el derecho positivo de origen francés, el principio sobre la indisolubilidad del matrimonio, aunque al margen del rigor de antaño, toda vez que a partir de ahí el divorcio vincular vino a ser admitido por causas determinadas, cuya enumeración era estrictamente establecida en la legislación civil. Vale decir, que la imposición de causales para el divorcio, tenían su razón de ser en la permanencia y protección del matrimonio, la rigidez de ellas estuvo pensada en la indisolubilidad de la

unión conyugal, o en su defecto, la disolución en casos sumamente extremos.

Posteriormente, a través de la Ley del 8 de mayo de 1816, los más apegados, a ultranza, a la idea eclesiástica, consignaron la prohibición de la disolución matrimonial por medio del divorcio, lo cual perduró así hasta 1884 cuando otra legislación produjo el restablecimiento de tal vía de derecho para poner fin al conflicto conyugal. (Acedo & Pérez, 2009, pp. 287- 288).

2.2.4.5. Tratamiento Jurídico del Divorcio en el Perú

a) Código Civil de 1852

Este cuerpo legislativo no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos: “Artículo 191: Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”.

Era el artículo 192 el que estipulaba taxativamente las trece causales por las cuales podía obtenerse este divorcio- separación, a saber:

1. El adulterio de la mujer.
2. El concubinato, o la incontinencia pública del marido.
3. La sevicia o trato cruel.
4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
5. El odio capital de uno de ellos, manifestando por frecuentes riñas graves o por graves injurias repetidas.
6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad.
7. Negar el marido los alimentos de la mujer.
8. Negarse la mujer, sin graves y justas causas, a seguir a su marido.
9. Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.
10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.
11. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación.
12. Una enfermedad crónica o contagiosa.
13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

Dicho código, como es de verse, reflejaba la posición de los cuerpos legales que lo habían inspirado, el Derecho español y canónico, que consagraban el matrimonio religioso con carácter monogámico e indisoluble, sustentándose por ello una actitud plenamente antiodivorcista.

b) Leyes Especiales

Posteriormente, en diciembre de 1897, se establece el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquellos que no profesaran la religión católica pudieran contraer matrimonio, sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio del Trento.

Es en el siglo XX, en 1930 y mediante el Decreto Ley N° 6889 del 04 de octubre y Decreto Ley N° 6890 del 8 de octubre de ese año, respectivamente; que se establece el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la nuestra nación, se introdujo además el divorcio absoluto, lo que significó para entonces la asunción de una alternativa legal de “avanzada”, que generó en su momento más de una discusión. (Acedo & Pérez, 2009).

El 22 de mayo de 1934, se promulgó la Ley N° 7 894, por la cual el mutuo disenso fue comprendido como una causal más de divorcio.

c) Código Civil de 1936

Durante esos años, la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el proyecto de lo que sería el Código Civil de 1936. Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio vincular; todo lo contrario, sustentaron una tesis negadora de él. Sin embargo, en junio de 1936 el Congreso Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las Leyes 7.893 y 7.894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931. (Acedo & Pérez, 2009)

Como puede apreciarse, el Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo prepararon, pero presente por imposición los órganos de Estado en ese momento; admitía el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el artículo 247 incisos 1 al 9, aunque además consentía el mutuo disenso

como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión al divorcio.

d) Código Civil de 1984

El Decreto Supremo N° 95 del primero de marzo de 1965, estableció la comisión que se encargaría del estudio y revisión de aquel código. El Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien tuvo a su cargo la elaboración del Anteproyecto del libro de Familia, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la que no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances.

El Código Civil de 1984 estableció originalmente en relación con su aspecto litigioso, en el artículo 333 del Código Civil diez causales de divorcio las mismas que posteriormente aumentaron, siendo actualmente un número de trece, acogiendo como en la mayoría de legislaciones, un sistema mixto⁷ (sanción y remedio). (Acedo & Pérez 2009, p. 525- 528).

⁷ - Art. 333° : “Son causas de separación de cuerpos:

2.2.4.6. Tendencias jurídicas del divorcio y el sistema mixto peruano

En el derecho comparado, hasta hace algunos años, se identificaron dos tendencias bien marcadas y hasta cierto punto, antagónicas, en virtud de las cuales se intenta sustentar y justificar, desde sus enfoques, el divorcio como un medio legalmente válido para dar culminación al vínculo matrimonial; nos estamos refiriendo a las tendencias: divorcio sanción y divorcio remedio.

Así, conviene recordar que en un primer momento fue la tendencia del divorcio- sanción, la que históricamente alcanzó mayor reconocimiento en

-
1. El adulterio.
 2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
 3. El atentado contra la vida del cónyuge.
 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos, o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347°.
 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
 10. La condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335°.
 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
- Las mismas causales de la separación de cuerpos se aplican al divorcio vincular (art. 349° del Código Civil).

gran parte de las legislaciones de Europa Occidental⁸ y en particular en los códigos civiles de Latinoamérica. Recientemente desde fines del siglo XX, es cuando se viene aceptando y reglamentando, en varios sistemas jurídicos, una nueva tendencia conocida con la denominación de divorcio- remedio. (Alfaro, 2011, p.18).

Esta doctrina- recientemente superada- aceptaba que la idea fundamental del divorcio remedio, es que no se conciba al divorcio como una sanción frente al incumplimiento de uno o más deberes matrimoniales, sino propiamente como una salida, reservada para los casos en los que el conflicto ha llegado a tal nivel de agravamiento que hace imposible la continuación del vínculo matrimonial.

En el derecho peruano, se presenta el sistema mixto, es decir, la comunión de causales de divorcio sanción y remedio; sobre el particular, resultan necesarias, las precisiones que hace la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al diferenciar los referidos

⁸ Uno de los más antiguos referentes de influencia normativa de la concepción divorcio- sanción, lo ubicamos en Francia, en donde Alfredo Naquet consigue que se apruebe una ley de divorcio el 19 de julio de 1884 (Ley Naquet); pero únicamente, permitía el divorcio, fundado en causas graves atribuibles al cónyuge culpable a modo de sanción, no bastando solamente la imposición de continuar con la vida conyugal.

modelos y sus diversos fundamentos que conviven en nuestro sistema jurídico:

Que, en ese marco, pueden presentarse las siguientes situaciones: 1) que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada “divorcio- sanción”, contempladas en los acápites primero al séptimo y décimo del artículo 333 del Código Civil; 2) que accione el cónyuge no perjudicado, buscando solucionar una situación conflictiva, siempre y cuando no se sustente en hecho propio, conforme a los supuestos regulados en los incisos 8, 9 y 11 del artículo 333 citado, enmarcados dentro de la teoría conocida como “divorcio- remedio”; y 3) que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar, al igual que en el caso anterior, una situación conflictiva, caso que contempla el inciso 12 del citado artículo 333 y que también pertenece a la teoría del “divorcio remedio”, en el que se busca no un culpable sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales, siendo este último caso (el de la separación de hecho) introducido en nuestro sistema civil mediante Ley N° 27495 (...)⁹.

2.2.4.7. Fundamento teleológico de las causales de divorcio

El divorcio por causal, a decir del profesor Alex Plácido Vilcachahua (2008), se clasifica en dos sistemas: subjetivo, o de culpa de un cónyuge; y, objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial, constatada a través del mutuo acuerdo de los propios

⁹ Cas. N° 1358-2005. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, 30 de octubre de 2006.

cónyuges o del cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo. (p.16)

Lo que parecía ser solamente una discusión doctrinaria, en realidad importa mucho el que una causal contenga factores de atribución subjetiva, o que tenga requisitos objetivos, que impliquen la abstención del análisis judicial respecto a factores de culpa, remitiendo el examen a elementos temporales, rompimiento de convivencia, y decisión de no retomar la relación. La importancia de identificar las diferencias entre uno y otro modelo, radica en que el cónyuge culpable será susceptible de perder los gananciales provenientes de los bienes del otro, quedar restringido del goce de sus derechos personales respecto a sus hijos (suspensión de la patria potestad), y desde el aspecto procesal, carecer de legitimidad para obrar activa (no demandar en hecho propio), ser condenando al pago de costas y costas procesales, entre otras.

No obstante, la diferencia de tendencias, el divorcio en general, obedece a un criterio teleológico o finalista que lo podemos vislumbrar en el pensamiento arraigado de indisolubilidad del matrimonio, o protección rígida del mismo, pues si bien, se abre la

posibilidad de divorcio para los cónyuges, el trámite engorroso, cumplimiento de plazos irrazonables, ausencia de celeridad procesal, exposición de la intimidad personal y familiar y sumado a ello, el daño *ex post* hacia cada uno de sus integrantes; hace desalentador el poder acudir o continuar con él, y ello se traduce, muchas veces, en mantener vigente un vínculo jurídico carente de contenido, distando en demasía del plano fáctico, pues ya existe ruptura de la unión convivencial.

La protección de la familia y del matrimonio, conforme a la Constitución de 1979 fueron acogidas, a la vez, por el legislador civil de 1984, y han permanecido arraigadas hasta nuestros días, desconociendo aún el mandato constitucional de 1993 de promoción, mas no de protección de la unión matrimonial; muestra de ello son los estrictos requisitos de las causales de sanción y remedio, lo que evidencia su finalidad, evitar la disolución temprana y simplista del matrimonio. Siendo, en consecuencia, necesarios: 1. La gravedad en la lesión a los deberes matrimoniales, a la integridad física o emocional de los consortes; o 2. El transcurso temporal considerable tratándose de intereses irreconciliables, ya sea el de duración de la separación de hecho (cuatro y dos años), o ya sea el

transcurrido de vínculo matrimonial para el divorcio por mutuo acuerdo (2 años).

Así, la razón de ser (fundamento teleológico) de los requisitos de las causales de divorcio son el fortalecimiento del matrimonio, Alex Plácido (2008) en este sentido, señala: “Se preconiza que el sistema de divorcio debe tener por objeto reforzar, no debilitar la estabilidad del matrimonio”. (p. 8).

2.2.4.8. La causal de Imposibilidad de hacer vida en común, incorporación a nuestra legislación y naturaleza jurídica

En la práctica jurídica, se ha evidenciado la incorrecta aplicación de una causal, cuyo escaso estudio a nivel nacional y exiguo desarrollo histórico, han conllevado a que autoridades jurisdiccionales declaren fundadas las demandas incoadas, basándose en medios probatorios útiles a otras causales, ignorando las que deben ofrecerse a este proceso y el estándar valorativo necesario para disolver el vínculo matrimonial; en consecuencia, el problema surge respecto a la naturaleza jurídica de esta causal, pretendiendo erróneamente ubicarla como sanción o remedio; nos estamos refiriendo a la causal de

Imposibilidad de hacer vida en común, regulada en el inc. 11 del art. 333 del código civil.

A) Incorporación al sistema peruano

La causal de imposibilidad de hacer vida en común no fue acompañada como tal en el Proyecto de Ley N° 3434 presentado por el congresista Antonio Llerena Marotti el 4 de marzo de 1998, ni en ningún otro que le antecediera, su discusión se introdujo con la denominación de incompatibilidad de caracteres para que finalmente se incorpore como Imposibilidad de hacer vida en común conjuntamente junto a la causal de separación de hecho en la Ley N° 27495 el 06 de julio de 2001.

De la lectura del Diario de los Debates del Congreso de la República¹⁰, se puede advertir

¹⁰ Diario de Debates del Congreso de la República. Segunda legislatura ordinaria de junio del año dos mil al dos mil uno. Vigésimo quinta sesión, del seis de junio del dos mil uno:

“No obstante, tampoco puede legislarse de espaldas a la realidad, y es necesario una solución para el problema que atraviesan gran número de matrimonios que están separados de hecho. Un motivo de ello es que muchas parejas no hacen vida en común por hábitos, complejos, creencias, costumbres, etc. de uno o de ambos cónyuges simultáneamente, que origina constantes riñas y disputas que toman imposible la vida en común. En muchos casos se debe a la incompatibilidad de caracteres que son insuperables; y mantienen el matrimonio solo como aspecto legal. En otros casos, aún mantienen vida en común, pero con consecuencias negativas en ambos cónyuges. En estos casos la familia en su integridad, considerando en ello a los hijos, son víctimas de una situación que no permite una vida familiar armoniosa y saludable para que los hijos desarrollen en un ambiente que les permita una formación adecuada. Por lo que sostener un matrimonio que afecta la formación psicológica de cada uno de los miembros de la familia, sobretodo de los hijos es inconveniente. Ello en razón que la sociedad pueda fortalecerse si los futuros integrantes de ella crecen en ambientes donde reciban educación, formación moral y un ambiente de cordialidad

que la incorporación de dicha causal fue producto de un debate político antes que técnico, respecto al dictamen de la Comisión de Reforma de Códigos, de la Comisión de Justicia y de la Mujer, de los proyectos de ley números 154, 171, 278, 555, 565, 655 y 795/2000-CR, sobre separación de hecho.

Durante dicho debate, a iniciativa del ex Presidente del Congreso don Antero Flores-Araoz Esparza, al argumentar su oposición a la inclusión de esta norma en nuestro Código Civil, planteó la alternativa de una modificación al proyecto originario de separación de hecho, en vía de sustitución a aquél que estaba en pleno debate, manifestando que tanto los franceses como los ingleses, al introducir lo que se denomina “divorcio automático” en 1975, reflejaban estadísticas de incidencia en las zonas metropolitanas, en las que uno de cada dos matrimonios terminaba en divorcio. Por ello pretendía el congresista que se sustituyera el proyecto sobre separación de hecho y se asumiera la causal de imposibilidad de hacer vida en común, la que debía

y de amor. Si el entorno familiar no puede brindarles esos aspectos fundamentales para su formación y todo lo contrario les ofrece un ambiente hostil como testigos de riñas y disputas, el resultado es una juventud desorientada, inclinada a los vicios, y parejas destruidas sin posibilidades de reiniciar nuevos proyectos de vida. En estos casos nuestra legislación no permite la separación de cuerpos y divorcio ulterior, salvo cuando ambos cónyuges convienen la separación convencional. Nuestra propuesta en ese sentido es considerar como causal de separación de cuerpos con divorcio ulterior, la imposibilidad de hacer vida en común, previa evaluación profesional que certifique esta situación. Con ese objeto se propone adicionar una nueva causal para la separación de cuerpos, y adicionalmente como en estos casos resulta muy difícil identificar el cónyuge culpable o inocente, la propuesta es que esta causal pueda ser invocada por cualquiera de los cónyuges.

Sin embargo en la propuesta final, el Congresista Araoz cambia su criterio respecto a la legitimidad para obrar y señala que solo podría ser invocada por el cónyuge inocente: “Pero eso se haría sin hacer tabla rasa del derecho, sin crear la condición de que quien agravia sea el que impute su propia falta para obtener la resolución de un vínculo que fue convencional en una institución tan importante como es el matrimonio”

ser acreditada mediante evaluación profesional, para que nadie pudiera fundar en su propia causa una pretensión de conclusión del matrimonio. Sin embargo, esta idea fue recogida por la Comisión de Justicia de manera inusitadamente rápida, como un nuevo planteamiento en concurso y no sustitutivo, con el fin de no truncar la inclusión de la nueva causal de separación de hecho en nuestro ordenamiento. La propia presidenta de la Comisión Dra. Mercedes Cabanillas Bustamante, fue quien propuso recoger la propuesta del congresista Florez-Aráoz Esparza, y en ello estuvieron de acuerdo Altuve-Febres Lores como Presidente de la Comisión de Reforma de Códigos, y Estrada Pérez como Presidente de la Comisión de Justicia. (Álvarez, 2006, p. 71)

Debe señalarse que, la incorporación de esta causal no requirió mayor debate ni consulta técnica jurídica, ha sido poco estudiada en el Perú; en un principio no era recurrida, quizá debido al criterio apegado a que el divorcio es un proceso complejo, además del desconocimiento de los medios de prueba conducentes para esta causal, incluso hasta nuestros días, es poco invocada, sin embargo como veremos más adelante, su incorporación debería obedecer a un orden sustitutorio de las causales de culpa, significando un remedio más para la relación familiar, no así una nueva causal inculpatoria.

B) Naturaleza Jurídica

B.1 Concepto

La Real Academia de la Lengua Española¹¹ ha precisado en primer lugar: “naturaleza”, significa sencillamente la “esencia y propiedad características de cada ser” y en segundo lugar, la expresión o término “jurídico” quiere decir “lo que atañe al derecho”. A su turno, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual¹², describe al término: naturaleza, entre otras acepciones como: “Esencia de un ser// Propiedad peculiar de una cosa// Tendencia o inclinación.

Señalamos que el derecho está compuesto por una serie de categorías, que se valoran por ser, en esencia, unas distintas a otras; y que contribuyen para la formación de un sistema integrado por principios, normas y valores. Por tanto, el fundamento y la finalidad de una

¹¹ Diccionario de la Lengua (Real Academia Española), acepciones 6 y 1.

¹² Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T.V, Editorial Heliasta, 2006, p. 516.

figura o instituto jurídico son siempre diferentes a los de otro. En tal sentido, la determinación de la naturaleza jurídica de una institución sirve, para poder uniformizar las categorías en base a su estructura, contenido, consecuencias y finalidad, ergo, darle la correcta interpretación e idónea aplicación.

El nulo debate congresal respecto a la imposibilidad de hacer vida en común, dejó abierta la posibilidad para un amplio desarrollo doctrinal, el mismo que hasta la actualidad no se ha dado; era lógico pensar que si en 1984, cuando entró en vigencia el código civil, se contemplaba solamente las causales de divorcio sanción; las que se incorporasen en adelante, debieran responder al tenor de una nueva Constitución cuyo paradigma se alejaba del principio protector del matrimonio y fortalecía el de la familia, en consecuencia, era necesaria la exigencia de una salida más amistosa

entre cónyuges que beneficie a los integrantes del grupo familiar.

B.2 Posturas doctrinales

Contrariamente a lo señalado, el poco estudio nacional tomó posturas disímiles, por ejemplo, el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi (2011), señaló:

Esta causal pertenece al sistema objetivo, no inculpatorio. La corriente que impulsa esta causal la coloca en la teoría del divorcio remedio. Los factores que la componen no son exclusivamente de uno de los cónyuges, sino de la pareja y afecta la continuidad de vida cuando ésta se torna insoportable o inmanejable, trayendo consigo la desarmonía conyugal (p. 351).

Sin embargo, en este mismo texto, dentro de lo que concierne los supuestos que abarcan la causal, el mismo profesor manifestó: “Aquí no hay causal objetiva” (Varsi, 2011, p. 352), existiendo una suerte de contradicción o por lo menos obscuridad en su postura. Por el contrario, el Dr. Alex Plácido (2008), aduce:

Se trata de una nueva causal inculpatoria. En consecuencia, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida en común y quién los provocó, a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponda. (p.45)

Lo cierto, es que en el entendido de clasificar esta causal en cualquiera de las tendencias de nuestro sistema mixto en sus características clásicas, se genera más inconvenientes y acrecienta las dudas sobre su naturaleza, pues quienes la sitúan como causal de divorcio sanción, encuentran seria dificultad probatoria, pues resulta difícil encontrar medios de prueba no propios de otras causales inculpatorias, de ofrecer los mismos, la convertiría en subsidiaria, subsanando la negligencia del cónyuge que dejó transcurrir los plazos de caducidad y en consecuencia daba por “consentida” la conducta del cónyuge culpable.

Al haber mantenido el sistema las causales tradicionales de decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, encontrándose legalmente distinguidas deben incorporarse en esta causal, supuestos no asimilables a las causales precedentes.

Delimitación particularmente fronteriza si consideramos la cobertura que brinda la causal de injuria grave y violencia psicológica (Cabello, 2001)

Siendo también, que normalmente los matrimonios cuya convivencia se ha quebrado, invocan en su mayoría, la causal de abandono; por otro lado, quienes consideran a la causal de imposibilidad de hacer vida en común como de divorcio remedio, no pueden identificar con claridad, cuáles serían los factores objetivos para su aplicación, pues necesariamente las causales preexistentes de esa tendencia están marcadas por el factor temporal que ayude a fortalecer el matrimonio, tanto para la separación de hecho como para separación convencional y posterior divorcio.

B.3. Criterios valorativos para invocar la causal

Es por ello que la destacada magistrada de la Corte Suprema y docente universitaria, Carmen Julia Cabello Matamala (2001) quien es la mayor tratadista de esta causal en el Perú, precisó sus criterios valorativos conforme a su incorporación al sistema peruano:

a) La no invocación del hecho propio

Éste es quizá, el criterio principal, por el cual la causal, tal como fue diseñada, responde a la tendencia sancionatoria, pues al recoger el cambio de parecer del congresista que la propuso, quien, asimilándola como remedio, abrió la posibilidad de su invocación para cualquiera de los cónyuges; y que sin embargo al final, aduciendo peligro ante la simplificación de la disolución, optó por proponer su invocación

solo por el cónyuge inocente. Es por esa razón que el inc. 12 del art. 333 del código civil establece, a modo de excepción, que solo en la causal de separación de hecho, no resulta aplicable lo dispuesto por el art. 335 del mismo cuerpo legal, esto es, la prohibición de la invocación en hecho propio por el cónyuge culpable, no pudiendo extenderse a otras causales dicha excepción, incluyendo la “Imposibilidad de hacer vida en común”.

b) Que los hechos alegados verifiquen en el proceso la afectación de la vida personal y/o conyugal del peticionante

Corresponde al juez, verificar el estado de afectación e infelicidad en la que se encuentra inmerso el o la cónyuge inocente, lo que implica analizar factores subjetivos de culpa del otro

consorte, e identificar que las conductas han resquebrajado la relación, de tal modo que hace muy complicada su recomposición; además que ninguna de tales conductas deben estar subsumidas en las demás causales sancionatorias, lo que en materia, hace casi imposible su diferenciación.

c) Razonabilidad de los hechos alegados

Los hechos demostrados deben revestir la gravedad suficiente que justifiquen el divorcio. Ello supone, de acuerdo a la naturaleza de los hechos, que se evalúe la reiteración en su ocurrencia o su permanencia.

d) Los hechos invocados no deben incorporarse dentro de las otras causales

Esta causal no puede servir como un instrumento útil para subsanar

negligencias, consentimientos o aceptaciones de comportamientos de los cónyuges; ya que, al establecerse plazos razonables para accionar el divorcio por otras causales culposas, muchas veces son inadvertidos generando caducidad¹³, pretendiendo acudir a esta causal con el sustento de las otras.

e) Plazo mínimo de vida en común

Anteriormente se señalaba que el juez deberá considerar un tiempo razonable de convivencia, y si bien, la ley no establece el período transcurrido de unión o de separación, como lo hacen las causales de separación de hecho y separación convencional; un período exiguo de unión

¹³ **Artículo 339**

La acción basada en el artículo 333, inciso 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción esta expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

justificaría la declaración de infundabilidad de la demanda. Sin embargo, consideramos que ante la ausencia legal de plazo, éste no sería un factor determinante, sino la magnitud de la conducta y su gravedad, de lo contrario se estarían normalizando lesiones contra el derecho de dignidad humana, arribando a resultados funestos que todos lamentemos.

f) Imposibilidad de hacer vida en común o reanudar la vida en común

La causal no exige que, al demandarse, los cónyuges vivan juntos, ameritándose también, ante la imposibilidad de reanudarla. Sea el caso del cónyuge que demanda el divorcio por una enfermedad psiquiátrica que padece su consorte, que incluso puede estar internado en un centro de salud o ser una

amenaza contra la integridad física del otro.

g) Actualidad de la falta conyugal invocada

No habiéndose establecido plazo de caducidad respecto a la ocurrencia de los hechos que imposibilitan la vida en común, resulta razonable que se trate de hechos vigentes, no pudiéndose invocar aquellos que han concluido en un pasado aceptado por el afectado.

h) Caducidad

Conforme a los plazos de caducidad para cada causal dispuesto por el art. 339° del código civil, precisar que para la mayoría de causales se señala el plazo de seis meses, sin embargo, las demás, dentro de las que está la imposibilidad de hacer vida en común, la acción está expedita mientras subsistan

los hechos, no requiriendo período de unión o separación para su invocación, lo cual la diferencia marcadamente de las causales clásicas de divorcio remedio.

B.4. Orígenes de la imposibilidad de hacer vida en común y análisis comparado

a. Inglaterra:

Reposan en el derecho inglés mediante la “Divorce Reform Act” de 1969 y la “Matrimonial Causes Act” de 1973, que representan en principio, la consagración de un sistema abierto de divorcio-remedio causado, en tanto no se acude como regla a la fijación de tipos concretos y cerrados para tener por acreditada la quiebra matrimonial invocada. (Cabello, 2001, p. 32).

No pocos juristas señalan que se trata de un **híbrido** desde diversos puntos de vista al tratar de conciliarse concepciones por demás opuestas (Pereyra, s.f.), pues, no es propiamente una causal objetiva ya que es necesario identificar conductas dañinas, que hicieron quebrar el

matrimonio; tampoco puramente de tipo subjetivo o sancionador, siendo que no se busca castigar al culpable por las conductas que lesionaron de gravedad al matrimonio, sino a través de su evidencia, declarar el rompimiento del lazo matrimonial. (Resaltado nuestro)

Se puede afirmar que el derecho inglés establece una única causa de divorcio: la quiebra irremediable del matrimonio (*irretrievable breakdown of marriage*). Del análisis del artículo 1, inc. 1 de la ley, que reza: “cualquiera de los cónyuges puede presentar ante el tribunal una demanda de divorcio sobre la base de que el matrimonio ha fracasado irremediablemente”

Por ello es imprescindible probar que el matrimonio está quebrado, de lo contrario la demanda debe

declararse infundada cuando se está: “convencido por todas las pruebas que el matrimonio no ha fracasado irremediablemente” (art. 4).

Si bien, se trata de una causal genérica y abierta, e invocada por cualquier cónyuge; la jurisprudencia inglesa señaló en qué casos el matrimonio habría quebrado, además que solo el cónyuge afectado podría invocar la causal en mención:

a) Que el demandado ha cometido adulterio y que el demandante encuentra intolerable la convivencia con él.

b) Que el demandado se ha comportado en modo tal que no se puede esperar razonablemente que el demandante conviva con él.

c) Que el demandado haya abandonado al demandante por un período continuo no inferior a dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.

d) Que los cónyuges hayan vivido separados por un período continuo no inferior a dos años inmediatamente anteriores a la

presentación de la demanda, y el demandado consciente en que se dicte una sentencia de divorcio.

e) Que los cónyuges hayan vivido separados por un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda. (Pereyra s.f.)

El poco apego del divorcio a una causal abierta del tipo remedio, hizo al poder judicial, desconocer el valioso aporte que había dado el legislador, al reducir las causales a una sola, sin imputación de culpa.

b. Cuba

Sumado al enfoque sajón de la institución, la legislación cubana determina en el artículo 51 de su Código de Familia¹⁴, que: “Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha

¹⁴ Ley N° 1289, Código de Familia de Cuba, del 14 de febrero de 1975 y modificatorias.

perdido sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad”.

Importa la comprobación de haberse perdido el sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad, determina que los deberes de lecho, habitación, fidelidad y asistencia recíproca, supuestos que sirven de soporte real a toda unión matrimonial, han perecido.

c. Panamá

En otros sistemas como el panameño, señalan no precisamente la imposibilidad de hacer vida en común, pero sí de aproximaciones a la misma: Artículo 212.- Son causas de divorcio: (...) 2. “El trato cruel o psíquico, si con él se hace imposible la paz y el sosiego doméstico”.

d. Bolivia

En Sudamérica podemos señalar a Bolivia, que adopta el divorcio administrativo de mutuo acuerdo vía notarial, cumpliendo los requisitos que la ley exige (Art. 206 P.I Código de las Familias) y desde el 2014 el divorcio judicial por la **única causal de ruptura del proyecto de vida en común, por acuerdo de partes o voluntad de una de ellas** (Art. 205 Código de las Familias), sin embargo, no basta la sola imputación, a decir del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, quien emitió la Circular N° 002/2015 de 9 de enero de 2015 relativa a la vigencia anticipada del Código de las Familias, que en su Inc. 4 dice: “ (...) la actividad probatoria, debe estar encaminada o en su caso reorientada a demostrar por todos los medios de prueba,

únicamente la ruptura del proyecto de vida en común". (Samos, 2015).

e. Suiza

El modelo suizo es el único que se asemeja al peruano, puesto que junto con las causales específicas se admite el divorcio por causas inespecíficas cuando en su Art. 142 dice que cada uno de los esposos puede demandarlo cuando el vínculo conyugal está profundamente dañado de tal manera que la vida en común se ha hecho insoportable. (Samos, 2015).

De esta manera, podemos colegir con claridad respecto a la naturaleza jurídica de la causal de imposibilidad de hacer vida en común en el Perú, que ésta fue incorporada en nuestro sistema peruano como causal de divorcio sanción, al no poder ser invocada por cualquier cónyuge sino solo por quien no provocó las conductas que acabaron con el matrimonio; sin

embargo su naturaleza jurídica, vista desde sus orígenes y aplicación comparada, hacen identificarla como causal **híbrida, perteneciente a un divorcio quiebre**, que si bien tiene por finalidad ser un remedio para el bienestar familiar, tiene carácter subjetivo abierto, pues al absorber a las demás causales de culpa, constituye un solo tipo no generador de sanciones; sin embargo, requiere la verificación judicial de comportamientos que lesionaron la unión matrimonial a través de la prueba.

C) Ventajas y Desventajas

C.1. Ventajas

Es claro que el divorcio quiebre se asienta en una sola causal en reemplazo de las causales de culpa, generando algunas ventajas en beneficio de los integrantes del grupo familiar:

- a) Eliminación de las sanciones personales: suspensión de la patria potestad y la imposibilidad de tenencia.
- b) Eliminación de la sanción patrimonial: pérdida de gananciales

que provienen de los bienes del otro.

- c) Eliminación de la prohibición de invocación en hecho propio, siendo que cualquier cónyuge puede invocarla.
- c) Agiliza, aunque no lo suficiente, el trámite procesal.

C.2. Desventajas

No representa una adecuada protección del principio de protección de la familia ni del derecho a la libertad de cada cónyuge, pues:

- a) Mantiene la búsqueda entorpecedora de la prueba para acreditar que el vínculo está inquebrantablemente roto.
- b) Continuidad de la vulneración al derecho de intimidad.
- c) El letargo procesal continúa, aunque en menor escala
- d) La relación personal entre cónyuges puede verse deteriorada con el trámite procesal.

- e) Búsqueda de la prueba que acredite no haber causado el rompimiento, a fin de no ser obligado a resarcir por daño moral.
- f) Afectación a la integridad física o emocional de los hijos.
- g) Afectación del derecho a la libertad de cada cónyuge para disolver el vínculo por su sola autonomía.

2.2.5. Protección de la Familia y Libertad de los Cónyuges

2.2.5.1. Protección de la Familia

El Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Art. 15 del Protocolo de San Salvador, también expresan el derecho a la protección de la familia y el Art. 4, inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará), establece el derecho de las mujeres a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

El derecho a la protección de la familia entraña también el derecho que tienen niñas y niños a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, reconocido en el Art. 19¹⁵ de la Convención Americana, así como la igualdad de derechos para todos los hijos e hijas, tanto nacidos dentro como fuera de matrimonio.

Un alcance importante que tiene el derecho a la protección de la familia, es el relacionado con la protección de la familia contra la violencia, aún por parte de integrantes de la misma familia. En ese sentido, es importante señalar que la Convención de Belém do Pará, declara en su Art. 3, que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, fortalece ello lo señalado en su art. 2¹⁶. (Badilla, s.f., pp. 116- 117)

Consideramos innegable que la gran mayoría de procesos de divorcio se dan cuando la relación entre cónyuges se encuentra resquebrajada, habiendo de por medio, lesiones físicas o psicológicas, que incluso pueden extenderse a los hijos, es por ello que la Convención Americana de Derechos Humanos y las Constituciones de los Estados establecen como principio fundamental la protección a la familia en general, de los más vulnerables y de los integrantes de cada grupo familiar, ante situaciones de violencia

¹⁵ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

¹⁶ Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual [...].

o amenazas. Esta situación podría, cuando menos, atenuarse con un proceso de disolución simple, sin dañar más la relación entre cónyuges ni se afecten los intereses de los menores. Por tanto, no solo el derecho debe reaccionar a través de poner a disposición una institución como el divorcio, sino garantizar que éste no revista de trabas procesales innecesarias que acentúen más las afectaciones.

Si bien, hay quienes podrían señalar que el divorcio es contrario a la protección de la familia, podemos afirmar que la familia no depende estrictamente del matrimonio, ésta no es la única forma de constitución, lo que debe garantizarse es la protección de las relaciones entre los integrantes del grupo familiar. El matrimonio es disoluble, la familia, no. Al respecto, Enrique Varsi (2011), expresa

Esta protección a cualquier tipo de familia, tiene estrecha conexión, con cada periodo histórico de las sociedades, pues, la familia ha sido tomada y moldeada bajo la influencia de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales; surgiendo -dentro del derecho- las figuras del matrimonio religioso con efectos civiles, el matrimonio civil y las uniones estables". (p.11)

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional a través del expediente N° 09332- 2006- PA/TC, asigna legitimidad y protección a distintos tipos de familia

como la reconstituida, además reconoce al divorcio como cambio social y jurídico dentro de un nuevo contexto que han significado un cambio en la estructura familiar:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hechos, las monopaternales (sic) o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (Fundamento 7)

Entonces podemos precisar que la causal de imposibilidad de hacer vida en común como propia del divorcio quiebre, aun representando una mejora respecto a las causales clásicas de sanción y remedio, afecta el principio de protección de la familia, a través del aspecto sustantivo y procesal.

a) Derecho a la Intimidad

Si bien, en la causal de divorcio quiebre, no se acude a parámetros subsuntivos de un comportamiento en la norma, es evidente que si se tiene que probar que el matrimonio se ha

quebrado, acreditando que tal o cual cónyuge ha incurrido en una conducta que hace insostenible la vida en común, ello vulnera la esfera íntima del individuo, exponiéndola a un tercero, por más representante del Estado que fuera, vale decir, no es que las causas por las que se disuelve el matrimonio desaparecen, simplemente, no acarrear sanciones (causales implícitas). El Derecho a la Intimidad refiere que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques¹⁷”.

b) Necesidad de probar la conducta

Al requerir que se acredite que el matrimonio se encuentra indefectiblemente quebrado, se mantiene, respecto al divorcio sanción, la necesidad de ofrecer prueba, e incluso a veces, crearla; las causales son problemáticas, ya que tocan el fuero íntimo del individuo, lo que incluye una carga probatoria muy pesada (Badilla & Piza, 2018)

¹⁷ Art. 12. Declaración Universal de Derechos Humanos.

Resultan humillantes y denigrantes para los cónyuges, para sus hijos y demás miembros de la familia, invaden la intimidad de la relación conyugal y muchas de ellos resultan, como se ha señalado, muy complejas en su demostración, lo que ocasiona daños psicológicos y sociales en perjuicio de la armonía familiar (Oliva, 2013, p.150)

Además, es necesario precisar que no solamente surge la necesidad de ofrecer prueba de las conductas de los cónyuges para la disolución del matrimonio, sino se mantiene la posibilidad de imputar culpabilidad a fin de obtener un monto resarcitorio por daño moral, lo que es un contrasentido con la finalidad que pretende.

c) Celeridad y Economía Procesal

El Dr. Giovanni Priori Posada (2009), señala algunas reglas que deben caracterizar al proceso en un Estado Constitucional de Derecho:

El proceso debe estar diseñado de modo tal que dure lo necesario para que las partes puedan exponer razones y pruebas y lo suficiente como para que el juzgador se forme convicción y dicte una decisión oportuna (...) La actividad procesal innecesaria que no tenga por finalidad coadyuvar a los fines del proceso debe desaparecer, (...) debe desecharse el formalismo en el proceso

judicial, (...) los requisitos formales ceden ante la necesidad de asegurar el ejercicio de los derechos que integran el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. (pp. 358- 359).

La ausencia de un proceso rápido, indefectiblemente acrecienta la mala relación entre los cónyuges, que incluso podría estar en buenos términos, pero la complejidad del proceso, de la prueba, imputaciones de culpa, invasión a la intimidad, etc., reviven los malos ratos entre cónyuges y lesionan los intereses de los hijos e hijas.

2.2.5.2. Derecho a la Libertad de los cónyuges

Conforme señala el Dr. Bernal Ballesteros (2012) el derecho a La libertad:

Es una condición de la vida humana individual privada y consiste en la atribución de decidir que se hace o no, sin más límites que los que la ley imponga. Evidentemente, la libertad no solo tiene que ser ejercida dentro de los límites expresos de la ley. La historia jurídica de los dos últimos siglos ha demostrado que la conducta humana tiene que ser siempre acomodada a ciertos patrones de conducta social en los cuales se respete siempre a los demás. (p. 170)

Se ha dicho mucho respecto a que si la Declaración Universal de Derechos Humanos y las legislaciones permiten libremente el poder contraer matrimonio, esa misma libertad se debería tener para ponerle fin

al matrimonio, esta determinación es denominada, autonomía de la voluntad, la cual es manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la profesora Eva Vargas, citada por Badilla y Piza (2018), menciona: “La autonomía de la voluntad es el poder de autodeterminación que le permite al ser humano dictar y construir una nueva realidad jurídica en torno de sus intereses y relaciones” (p. 68)

Esta autonomía, es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la misma que el Tribunal Constitucional la desarrolla, así:

“[...] Constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de la protección del derecho al libre desenvolvimiento, constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionalmente para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (STC Exp. N° 3901-2007-AA/TC, 2007, pág. 9).

Se critica el hecho de que la libertad se ve restringida a través del matrimonio, pero es inadmisibles sostener ello, pues, una persona no se casa para perder la libertad, sino que el matrimonio también es una institución en donde se desarrolla la libertad con el respeto a los derechos y libertades de los demás; el

plan de vida es susceptible de ser variado, y no puede sostenerse que un plan de vida dependa de la compañía o voluntad de otra persona. Por ello manifestamos que no deben existir condiciones, plazos, y trabas legales para facilitar el libre desarrollo de la personalidad. El entendimiento del divorcio no puede limitarse a declaraciones de voluntad carentes de contenido, casi siempre éstas se dan mediando circunstancias insalvables o una situación intolerable preexistente, lo único que hace la sentencia de divorcio es declarar el estado del matrimonio roto.

La causal de imposibilidad de hacer vida en común como divorcio quiebre, al requerir prueba del matrimonio quebrado, lo único que hace es entorpecer y vulnerar el derecho al libre desarrollo de personalidad de los consortes.

2.2.6. Divorcio Incausal

También denominado divorcio por voluntad unilateral sin expresión de causa, diversos países han acogido este tipo de divorcio por ser el que, a su juicio y al nuestro, el que respeta el principio de protección de la familia y el derecho de libertad de los cónyuges, citaremos a algunos países que lo regulan:

2.2.6.1. España

El único requisito que exige es que el matrimonio haya durado cuanto menos, tres meses: “Una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, procede decretar judicialmente la separación y el divorcio a petición de parte”. (Badilla & Piza, 2018, p. 93)

2.2.6.2. México

El legislador del Distrito Federal dejó la opción para que las parejas se divorcien administrativamente y derogó todo lo relativo al divorcio necesario. Esto mediante el decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 3 de octubre de 2008. El artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, que contenía el divorcio por mutuo consentimiento, también logra introducir el divorcio sin expresión de causa. Este divorcio resalta por ser hacer más fácil y rápido que la disolución del vínculo matrimonial. “Es solicitud unilateral de uno de los cónyuges a quien se le libera de la carga de expresar la causa que generó esa petición a la que, por regla general, el Juez habrá de acceder”. (Badilla & Piza, 2018, p. 98).

Actualmente, la modalidad del divorcio incausado solo está aprobada en ocho de veintidós Estados mexicanos como Hidalgo, Guerrero, Yucatán, Ciudad de México, Sinaloa, Quintana Roo, Coahuila y Estado de México; sin embargo, sucede algo muy curioso, el divorcio incausal se aplica en toda la República mexicana, debido a una decisión jurisprudencial del

10 de julio de 2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y toda causal invocada resulta contrario al libre desarrollo de la personalidad.

2.2.6.3. Argentina

El artículo 437 y ss., del código civil expresa:

El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges (...) Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este... Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta (...) en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Se protege al cónyuge que sufre un desequilibrio por el divorcio al reconocerle el derecho a una compensación económica.

La compensación económica señalada es lo que en el Perú se denomina, indemnización al cónyuge perjudicado. (Art. 345- A del C.C).

2.2.6.4. Suecia

Es el sistema más antiguo de divorcio incausal, sus normas de corte liberal marcan la pauta en Europa, la disposición pertinente está regulada en el capítulo 5 del código matrimonial de 1987:

Como requisitos para obtener el divorcio, uno de los cónyuges o ambos conjuntamente pueden solicitar el divorcio. El divorcio debe ir precedido de un período de reflexión de seis meses en determinadas circunstancias. Esto ocurre cuando: ambos cónyuges así lo

soliciten; uno de los cónyuges viva permanentemente con su hijo menor de 16 años del que tenga la custodia, o sólo uno de los cónyuges desee la disolución del matrimonio. (Badilla & Piza 2018)

A nuestro parecer, el divorcio incausal a diferencia del divorcio quiebre garantiza adecuadamente el principio de protección de la familia y libertad de los cónyuges, puesto que el proceso judicial no se vuelve tan engorroso en economía, prueba, exposición de la intimidad, disputa entre cónyuges, etc. A continuación, verificaremos qué tendencia adopta el Anteproyecto de reforma del Código Civil¹⁸.

2.2.7. Anteproyecto de reforma del Código Civil de 2020, referente a causales de divorcio

Artículo 333.- Causales.

1. Son causas del divorcio o, en su caso, de separación de cuerpos:
 - a) Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, **que hagan intolerable la convivencia de estos** o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos. (Resaltado nuestro)
 - b) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años.
 - c) El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio.

¹⁸ Diario Oficial “El Peruano”, publicado el 02 de febrero de 2020.

2. El divorcio o separación de cuerpos convencional será judicial, notarial o administrativo municipal.

Artículo 351.- Reparación del cónyuge inocente (sic).

1. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una **compensación**. (Resaltado nuestro)

Artículo 351-C.- Indemnización por el daño producido.

El cónyuge que no generó la causal podrá solicitar la **indemnización de los daños** generados en su perjuicio.

Como puede verse, el artículo 333 solo establece tres causales de divorcio, habiendo desaparecido todas las causales de culpa, estamos pues ante el escenario de la incorporación del divorcio quiebre, o causal genérica de imposibilidad de hacer vida en común en su naturaleza jurídica, siendo que las causales de culpa se encuentran implícitas debido a la necesidad de probarse el rompimiento conyugal.

Un aspecto importante lo encontramos en la propuesta del art.351, al establecer la indemnización o compensación al cónyuge perjudicado (aunque se haya mal colocado, cónyuge inocente al subtítulo), lo que tiene correlación con las causales de divorcio remedio (art. 345- A), que inspiró el tercer pleno casatorio en materia civil, concluyendo que la naturaleza de esta

indemnización no es resarcitoria, sino compensatoria, lejana a cualquier imputación de culpa.

Sin embargo, un error crucial del Anteproyecto de reforma del Código Civil, la encontramos en la propuesta del art. 351- C, al querer imponerse el resarcimiento de daños y perjuicios (mal denominada indemnización) al cónyuge culpable; entonces, de qué remedio estaríamos hablando, si en el proceso, los cónyuges indagarían en la prueba a efectos imputar responsabilidad civil al otro consorte, lo que no dista en complejidad con el modelo actual que tenemos.

2.2.8. Propuesta *De Lege Ferenda*

A. Del Código Civil

Art. 333.- Divorcio y separación de cuerpos incausales

El divorcio y la separación de cuerpos carecen de causales específicas.

Art. 345.- Protección de derechos de hijos y cónyuges ante divorcio

El juez fija el régimen concerniente a la responsabilidad parental, alimentos, tenencia, régimen de visitas, disolución de bienes e indemnización al cónyuge perjudicado al cónyuge perjudicado.

Art. 345- A.- Indemnización al cónyuge perjudicado

El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por causa la ruptura del vínculo matrimonial, tiene derecho a una indemnización.

B. Código Procesal Civil

Art. 480.- Trámite de Separación de cuerpos y Divorcio

1. La separación de cuerpos y el divorcio se producen por **el pedido de ambos o uno solo de los cónyuges de culminar el vínculo matrimonial sin expresión de causa.**
2. Si la petición es convencional, las vías procedimentales serán: judicial, notarial o municipal; por el contrario, si es unilateral, solo será la vía judicial con emplazamiento al Ministerio Público en caso de tener hijos o hijas menores.

- 3.** Se acompañará una propuesta que regulará los efectos del divorcio: responsabilidad parental, alimentos, tenencia, régimen de visitas, disolución de bienes y compensación al cónyuge perjudicado. De presentarse por uno solo, el otro consorte podrá ofrecer propuesta regulatoria distinta.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

A efectos de esta contrastación, se ha utilizado el discurso argumentativo, teniendo en cuenta la tipología dogmática y el análisis filosófico de la investigación, para ello también se ha usado el método analítico deductivo, y del derecho el método dogmático y hermenéutico, por medio de los cuales se explica a partir del desarrollo doctrinario, normativo, jurisprudencial y comparado, la naturaleza jurídica de la causal de imposibilidad de hacer vida en común y los efectos jurídicos con relación al principio protector de la familia y la libertad conyugal.

La causal de imposibilidad de hacer vida en común, fue introducida en el 2001 junto a la causal de separación de hecho, pero a diferencia de esta última, se consignó aquélla como causal de divorcio sanción, pues no estuvo exenta de la prohibición de invocación de hecho propio (art. 335 del código civil), imponiéndole, por tanto, la necesidad de imputación de culpa al otro consorte. (Cabello, 2001).

Naturaleza Jurídica

Es así, que, a partir de este estudio, se ha demostrado que la naturaleza jurídica de esta causal, parte del análisis comparado en atención a sus orígenes en el derecho inglés:

Reposan en el derecho inglés mediante la “Divorce Reform Act” de 1969 y la “Matrimonial Causes Act” de 1973, que representan en principio, la consagración de un sistema abierto de divorcio-remedio causado, en tanto no se acude como regla a la fijación de tipos concretos y cerrados para tener por acreditada la quiebra matrimonial invocada. (Cabello, 2001, p. 32).

De igual modo, el sistema cubano regula en el artículo 51 de su Código de Familia de 1975, que: “Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad”.

Siguiendo el mismo criterio del sistema abierto causado son: el derecho panameño, boliviano y suizo. Tratándose entonces, de una causal “quiebre” de la unión matrimonial, no independiente al resto de causales ni subsidiaria. La imposibilidad de hacer vida en común, absorbe a las demás inculpatorias, permaneciendo la necesidad de la prueba de tal quebrantamiento.

Siendo los efectos jurídicos que genera esta causal en su naturaleza quiebre:

a) Elimina las sanciones jurídicas personales y patrimoniales al cónyuge culpable

El modelo clásico de divorcio sanción bajo el amparo del principio de protección de la familia y del matrimonio (artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1979 y código civil de 1984), traía consigo la enumeración de causales rígidas cuyo sustento teleológico era el fortalecimiento del matrimonio (Plácido 2008), haciendo difícil su disolución, es por ello que aquel consorte que provocaba el rompimiento de la unión, sin razón justificante, lesionando el vínculo casi sagrado, era susceptible de recibir sanciones.

El código civil vigente, establece las sanciones de tipo personal como patrimonial que corresponde como son: suspensión de la patria potestad, pérdida de los gananciales que provienen de los bienes del otro, resarcimiento por daño moral y pérdida de la vocación hereditaria, aunque esta última consecuencia se da por el fenecimiento del vínculo por culpa o sin ella:

Suspensión de la patria potestad

Artículo 420.- 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.

Reparación del cónyuge inocente

Artículo 351.- Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Pérdida de gananciales por el cónyuge culpable

Artículo 352.- El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.

Pérdida de derechos hereditarios entre cónyuges divorciados

Artículo 353.- Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

Sin embargo, la causal de imposibilidad de hacer vida en común, no como causal de divorcio sanción incorporada en nuestra legislación (inc. 12 del art. 333 del código civil), sino en su naturaleza jurídica, esto es, quiebre matrimonial; importa un avance a lo que se tenía, pues no sería más una causal independiente y subsidiaria en la que se ofrecían medios de prueba correspondientes a otras, sino que, no obstante, ser una causal subjetiva general o abierta, no tiene por finalidad castigar al cónyuge culpable, como históricamente se dio en gran parte de las legislaciones de Europa Occidental y en particular en los códigos civiles de Latinoamérica con el divorcio sanción (Alfaro, 2011), ahora la tarea del juez consiste en evaluar a través de los medios de prueba, si el matrimonio está irremediablemente roto, sin imputación de sanción personal o patrimonial alguna, salvo, el cuestionado resarcimiento del daño moral, tal como se pretende en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, artículo 351- C: “El cónyuge que no generó la causal podrá solicitar la indemnización de los daños generados en su perjuicio”.

Ello ayuda a eliminar, en definitiva, etiquetas incómodas y a veces injustas como culpable o inocente, siendo que, en una disolución, ambos cónyuges tienen responsabilidad por el éxito o fracaso del mismo, en igual o diferente medida, convirtiendo también al divorcio de una suerte de castigo o animadversión a una forma de resolución del conflicto conyugal y recomposición familiar dotando de bienestar y cordialidad entre cada uno de sus integrantes.

b) Vulnera los derechos fundamentales a la intimidad y salud emocional de los cónyuges y los hijos

Los derechos fundamentales a la intimidad y salud emocional de los cónyuges e hijos se encuentran dentro de un principio de orden superior, el cual es el de Protección de la Familia, contemplado en el art. El Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado, el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Art. 15 del Protocolo de San Salvador, también expresan el derecho a la protección de la familia y el Art. 4, inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará), establece el derecho de las mujeres a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

Esto implica que al exigir a los Estados el respeto y protección a la familia en general, y en especial para las vulnerables, para las niñas, niños, y la mujer; se está reconociendo el respeto a los derechos fundamentales de los integrantes del grupo familiar.

La causal de imposibilidad de hacer vida en común como divorcio quiebre, no ha solucionado todas las aristas de protección que requieren las personas, puesto que al requerir la prueba del rompimiento, que en muchos casos es compleja desde su extracción de la fuente, y en otros, inventada- por ejemplo la testifical- persiste una traba que ha generado mucho daño en el desarrollo histórico, el

de mostrar a un tercero, sucesos más íntimos de la persona, exponerla respecto a situaciones que se dieron en un ámbito de estricta privacidad, y que fueron objeto de etapas y realidades sociales pasadas, ahora con el enaltecimiento de la dignidad, no debe exigirse tales situaciones, más aún si las sanciones han desaparecido.

El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, respecto al Derecho a la Intimidad refiere que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Esta misma exposición de la privacidad de las personas crean inevitablemente lesiones a la salud emocional de las mismas, y no solo entre cónyuges sino también hacia los menores, siendo partícipes incluso del desarrollo del proceso, grave daño innecesario para ellos que, al fin y al cabo, son los que más sufren el conflicto conyugal.

Al referirnos a la afectación a la salud emocional de los cónyuges y los hijos, no podemos dejar de remitirnos al derecho a la integridad personal, el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prescribe que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, cualquier atentado a ello, es una forma de violencia, la misma que puede provenir de cualquier persona incluso del mismo Estado, al establecer un proceso

complejo que coadyuva a lesionar más a la integridad de los alicaídos integrantes.

Al respecto, el artículo 19 de la Convención Universal de Derechos Humanos: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, en el mismo sentido, el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, estipula: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Si bien las convenciones internacionales, reconocen la protección de los más vulnerables, no implica que el cónyuge varón no sea susceptible de violencia o de sufrir afectación a la salud emocional, por el principio de Igualdad, se debe erradicar todo tipo de violencia, no importando su proveniencia.

c) Contraviene los principios procesales de celeridad y economía procesal, manteniendo el procedimiento complejo de la prueba

El Dr. Giovanni Priori Posada (2009), señala algunas reglas que deben caracterizar al proceso en un Estado Constitucional de Derecho:

“El proceso debe estar diseñado de modo tal que dure lo necesario para que las partes puedan exponer razones y pruebas y lo suficiente como para que el juzgador se forme convicción y dicte una decisión oportuna (...) La actividad procesal innecesaria que no tenga por finalidad coadyuvar a los fines del proceso debe desaparecer, (...) debe desecharse el formalismo en el proceso judicial, (...) los requisitos formales ceden ante la necesidad de asegurar el ejercicio de los derechos que integran el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. (pp. 358- 359)

Los principios de celeridad y economía procesal se encuentran reconocidos en el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, peruano, y si orientan a todos los procesos jurisdiccionales e incluso administrativos, cuanto más en materia de familia, en la que, siendo la base para el bienestar general, se requiere soluciones prontas, más aún si el proceso refiere a una institución que de por sí es sensible para cualquier persona, donde se vislumbran los contenidos más íntimos de la persona; estamos seguros que un proceso en los que, siendo conscientes de las afectaciones, fuese más célere, generaría mejores relaciones familiares.

La causal de Imposibilidad de hacer vida en común propuesta en el Anteproyecto de Reforma del código civil, no contribuye en esencia, a la celeridad y economía procesal, ya que no resta complejidad al tema probatorio, exige que cualquiera de los cónyuges acrediten que el matrimonio se encuentra irremediablemente roto, y para ello, si bien no requiere subsumir los comportamientos en alguna causal expresa, consideramos que existen aún causales implícitas que el juez debe evaluar a fin de considerarla grave para los intereses familiares, el tema valorativo y argumentativo por parte del juez es relevante; pues tendrá que considerar conforme a las reglas de la sana crítica, que dichas conductas de uno o de ambos cónyuges han quebrado irremediablemente el matrimonio, si no se prueban dichas conductas, el juez declarará infundada la demanda, es claro que la vía procedimental no varía, porque la complejidad sigue siendo la misma, además no dejará de evaluar e identificar al cónyuge responsable del

rompimiento a fin de fijar un monto resarcitorio, vale decir el tema de la culpa sigue vigente, y no constituye, a nuestro parecer, una solución al conflicto.

Finalmente, para hacer más alto y complejo el conflicto, deberá fijar una compensación al cónyuge perjudicado, esto significa, que con esta causal de quiebre, no solo se fijará resarcimiento sino también indemnización por el perjuicio, creemos que esto se debe reconsiderar, pues el proceso no reviste la celeridad ni economía que una institución como la familia, requiere.

d) Atenta contra la paz y armonía a futuro, entre los cónyuges

Es claro entender que el divorcio no es una institución deseable, no es del agrado de nadie acudir a un tribunal para solicitar la disolución de un vínculo que en un principio estuvo sustanciado de socioafectividad, de planes y sueños de vida, de promesas de protección permanente, etc. En consecuencia, los pedidos de divorcio se efectúan cuando la unión ha sido resquebrajada y los deberes matrimoniales inoperantes, los cónyuges son conscientes de ello y muchas veces la separación de los mismos es asimilada sosteniendo un clima probablemente apacible, sin embargo, al encontrarse en un proceso judicial que les exige demostrar la causa del rompimiento, más aun la posibilidad de pedir un resarcimiento por el daño moral, lo que ocasiona es revivir el conflicto que quizá ya se encuentra, por lo menos inanimado, recordar y evocar pasajes de violencia física y emocional, junto a la frustración de la unión matrimonial, es un contrasentido con la evolución de la

institución del divorcio que se quiere lograr, en donde el respeto a los derechos fundamentales prime, este plano material inanimado, se trasunta y permuta nuevamente al conflicto a través del proceso, e incluso genera el resquebrajamiento a futuro entre los cónyuges, poniendo trabas respecto a la relación con los hijos, generando incumplimiento de las obligaciones propuestas en la sentencia, rompiendo la comunicación y cualquier relación cordial entre ellos, etc.

Este proceso judicial lato, revestido de cargas de la prueba de factores de atribución subjetiva y fijando montos resarcitorios no contribuye con el Principio a la Protección de la Familia, al contrario la resquebraja, la daña en cuanto a la paz y armonía que debe primar en una familia, como bien se mencionó, el matrimonio puede acabar pero la familia siempre existirá, de manera reconstituida o atípica, pero interesa a la sociedad y al Estado el crear un buen clima entre las personas que la conforman.

e) Lesiona el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada

Conforme señala el Dr. Bernal Ballesteros (2012) el derecho a La libertad:

Es una condición de la vida humana individual privada y consiste en la atribución de decidir que se hace o no, sin más límites que los que la ley imponga. Evidentemente, la libertad no solo tiene que ser ejercida dentro de los límites expresos de la ley. La historia jurídica de los dos últimos siglos ha demostrado que la conducta humana tiene que ser siempre acomodada a ciertos patrones de conducta social en los cuales se respete siempre a los demás. (p. 170)

La mayoría de legislaciones y la Convención Americana de Derechos Humanos, 1969; art. 17, inc.2, permiten libremente el poder contraer matrimonio:

“Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

Sin embargo, esa misma libertad se debería tener para ponerle fin al matrimonio, esta determinación es denominada, autonomía de la voluntad, la cual es manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la profesora Eva Vargas, citada por Badilla y Piza (2018), menciona: “La autonomía de la voluntad es el poder de autodeterminación que le permite al ser humano dictar y construir una nueva realidad jurídica en torno de sus intereses y relaciones” (p. 68).

Esta autonomía, es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la misma que el Tribunal Constitucional la desarrolla, así:

“[...] Constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de la protección del derecho al libre desenvolvimiento, constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionalmente para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (STC Exp. N° 3901-2007-AA/TC, 2007, pág. 9).

Se critica el hecho de que la libertad se restringe a través del matrimonio, pero ello es inadmisibles, pues una persona no se casa

para perder la libertad, sino que el matrimonio como forma de constituir de la familia, es una institución en donde se desarrollará la libertad de las personas con el respeto a los derechos y libertades de los demás:

La familia es el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socioeconómica, que aún sin convivir físicamente comparten necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal. (Oliva, 2014, p.17).

El plan de vida es susceptible de ser variado, y no puede sostenerse que éste dependa de la compañía o voluntad de otra persona, por ello sostenemos que no deben existir condiciones, plazos, y trabas legales para facilitar el libre desarrollo de la personalidad. Ninguna declaración de voluntad que solicite el divorcio es carente de contenido, siempre éstas se dan mediando circunstancias insalvables o una situación intolerable preexistente, lo único que hace la sentencia de divorcio es declarar el estado del matrimonio roto.

Los planes o proyectos de vida, son invisibles y cambiantes (...), a cada momento, diariamente, hora tras hora, estamos modificando libremente nuestros “proyectos de vida”, y también alterando los de los demás, con los cuales nos relacionamos. Si esos proyectos de vida fueran visibles, si las personas anduviéramos por las calles con carteles en el pecho, descriptivos de nuestros proyectos de vida, ni siquiera el amor sería posible. Todo contacto con quien nos atraiga podría significar la alteración de su proyecto de vida (...). El amor entonces se volvería cosa de autómatas. Las emociones y los raptos de romanticismo ya no serían intensos y espontáneos se volverían “calculadores” y “selectivos”. (León, 2017, p.479)

Consideramos que el modelo de divorcio sanción y remedio han quedado obsoletos, además, la inclusión de la causal de divorcio quiebre - imposibilidad de hacer vida en común- no representa una verdadera solución que garantice la protección de la familia y el respeto al derecho de libre desarrollo de la personalidad.

Estos derechos son útiles y protegidos solo a través de un divorcio más simple, sin expresión de causa, sin pruebas complejas, sin imponer resarcimientos de daños y perjuicios y sin vulnerar el derecho a la intimidad; eso sí, velando por el bienestar y la salud de los hijos, a través de una propuesta. Es así que diversos Estados como España, México y Argentina, han adoptado al divorcio incausal o divorcio unilateral sin expresión de causa, como mecanismo de disolución matrimonial, en respeto del principio de protección del matrimonio y derecho de libertad de los cónyuges.

Sin embargo, el 02 de febrero de 2020, se publicó el Anteproyecto de Reforma del código civil, en el cual se recoge a la causal de imposibilidad de hacer vida en común, como causal quiebre:

Artículo 333.-

Causales.

1. Son causas del divorcio o, en su caso, de separación de cuerpos:
 - a) Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que **hagan intolerable la convivencia** de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos. (Resaltado nuestro)

- b) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años.
 - c) El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio.
2. El divorcio o separación de cuerpos convencional será judicial, notarial o administrativo municipal.

Artículo 351.- Reparación del cónyuge inocente (sic)

1. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación.(Resaltado nuestro)

Artículo 351-C.- Indemnización por el daño producido

El cónyuge que no generó la causal podrá solicitar la indemnización de los daños generados en su perjuicio.

Como puede advertirse, no solo se establece una causal absorbente de las causales de culpa, sino que se mantiene la prueba de la quiebra matrimonial, lo que no resuelve uno de los problemas preexistentes, además, que se propone establecer una indemnización o compensación al cónyuge perjudicado y un resarcimiento del daño moral; lo que confunde respecto a la naturaleza de la causal y no responde finalidades últimas.

CONCLUSIONES

1. La naturaleza jurídica de la causal de imposibilidad de hacer vida en común, es de “divorcio quiebre”, y que si bien tiene como fin ser un remedio para el bienestar familiar, presenta carácter subjetivo abierto, pues al absorber a las causales de culpa, constituye un solo tipo no generador de sanciones; sin embargo, requiere la verificación judicial de comportamientos que lesionaron la unión matrimonial a través de la prueba.

2. Los efectos jurídicos que genera la causal quiebre de imposibilidad de hacer vida en común, con relación al principio protector de la familia y libertad conyugal son:
 - A. De la Protección de la Familia**
 - a) Elimina las sanciones jurídicas personales y patrimoniales al cónyuge culpable.
 - b) Vulnera los derechos fundamentales de intimidad y salud emocional de los cónyuges y los hijos.
 - c) Contraviene los principios procesales de celeridad y economía procesal, manteniendo el procedimiento complejo de construcción de la prueba, generando daños en la familia pues aletarga el conflicto.
 - d) Atenta contra la paz y armonía entre los cónyuges, a futuro.

B. De la libertad conyugal

- e) Lesiona el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada de los cónyuges.

- 3. El legislador y la comisión del Anteproyecto de reforma del Código Civil, deben optar por el divorcio incausal, debido a que es éste el que protege adecuadamente el principio de protección de la familia y respeta el derecho de libertad conyugal.

RECOMENDACIONES

Considerar la propuesta ***De Lege Ferenda*** que hemos elaborado en función a la protección del matrimonio y libertad conyugal:

1. Del Código Civil

Art. 333.- Divorcio y separación de cuerpos incausales

El divorcio y la separación de cuerpos carecen de causales específicas.

Art. 345.- Protección de derechos de hijos y cónyuges ante divorcio

El juez fija el régimen concerniente a la responsabilidad parental, alimentos, tenencia, régimen de visitas, disolución de bienes e indemnización al cónyuge perjudicado al cónyuge perjudicado.

Art. 345- A.- Indemnización al cónyuge perjudicado

El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por causa la ruptura del vínculo matrimonial, tiene derecho a una indemnización.

2. Código Procesal Civil

Art. 480.- Trámite de Separación de cuerpos y Divorcio

1. La separación de cuerpos y el divorcio se producen por **el pedido de ambos o uno solo de los cónyuges de culminar el vínculo matrimonial sin expresión de causa.**
2. Si la petición es convencional, las vías procedimentales serán: judicial, notarial o municipal; por el contrario, si es unilateral, solo será la vía judicial con emplazamiento al Ministerio Público en caso de tener hijos o hijas menores.
3. Se acompañará una propuesta que regulará los efectos del divorcio: responsabilidad parental, alimentos, tenencia, régimen de visitas, disolución de bienes y compensación al cónyuge perjudicado. De presentarse por uno solo, el otro consorte podrá ofrecer propuesta regulatoria distinta.

LISTA DE REFERENCIAS

- Acedo, A. (2009). *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*. Editoriales: Zavalía- Argentina, Temis- Colombia, Ubijus- México, Reus- España.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Palestra Editores: Lima, Perú.
- Alfaro, L. (2011). *La indemnización en la Separación de hecho*. Lima, Perú. Gaceta Jurídica, Editorial El Búho, Primera Edición.
- Álvarez, E. (2006). *Separación de Hecho e Imposibilidad de Hacer vida en común. ¿Permisividad o Solución?* Tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho. UNMSM.
- Arias-Schreiber, M. (1997). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VII. Lima, Perú: Gaceta Jurídica Editores.
- Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993 Veinte años después*. Lima: Idemsa.
- Beuchot, M. (1993). *Filosofía y Derechos Humanos (Los Derechos Humanos y su fundamentación filosófica)*. Madrid, España: Siglo XXI Editores.
- Cabello, C. (1987). *Cincuenta años de Divorcio en el Perú*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.: Primera Edición.
- Cabello, C. (2001). *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 54.
- Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica Editores. Décima Edición

- Dworkin, R. (2000). *¿Nuestros jueces deben ser filósofos?.¿Pueden ellos ser filósofos?*. New York council for the humanities Scholar of the thear lecture.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- Hernández. (1998). *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid España: Marcial Pons.
- Hernández S., Fernández C & Baptista L. (2003). *Metodología de la Investigación*. México D.F., México: Editorial Mc Graw Hill/ Interamericana Editores S.A.
- León, H. (2017). *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima Perú: Pacífico Editores
- Mallqui, M., & Momethiano E. (2001). *Derecho de Familia*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Mizarhi, M. (2001). *Familia, matrimonio y divorcio*- Buenos Aires: ASTREA
- Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires, Argentina. Paidós.
- Oliva, E. (2013). *El Divorcio Incausado en México*. Ciudad de México, México: Moreno Editores
- Oliva, E. (2014). *Hacia un Concepto Interdisciplinario de la familia en la Globalización-Estado de Morelos*. Morelos, México: Justicia Juris.

- Pereyra, G. (2008). *¿La causal de divorcio por Imposibilidad de Hacer Vida en Común puede ser alegada por cualquiera de los cónyuges?*. Lima, Perú: Editorial Justicia y Derecho.
- Plácido, A (2001): *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú. Editorial Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2008). *Las causales de Divorcio y Separación de cuerpos en la Jurisprudencia Civil* en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Priori, G. (2009). *El Proceso en el Estado Constitucional, Constitución y Proceso*. Lima, Perú. ARA Editores.
- Ramos, C. (1997). *El Código Napoleónico y su Recepción en América Latina*: Lima, Perú: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera edición.
- Ramos, C. (2000). *Cómo hacer una Tesis en Derecho y no envejecer en el intento*. Estudios de pregrado- maestría- doctorado. Lima, Perú: Gaceta Jurídica Editores. S.A.
- Samos, R. (2015). *Divorcio en el Código de las Familias y del Proceso Familiar*. La Paz, Bolivia. Revista Jurídica de Derecho
- Badilla, A. (s.f.). *El derecho a constitución y la Protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.
- Sánchez, M (2006). *Guía para elaborar Tesis*. Cajamarca, Perú: Editorial de la Universidad Nacional de Cajamarca: Primera Edición.
- Varsi, E. (2011a). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica Editores.

Varsi, E. (2011b). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica Editores.

Web Sites

Badilla, J. & Piza, A (2018). *El Divorcio por Voluntad Unilateral*. Tesis para optar el grado de Licenciatura en Derecho [Obtenido de Archivo de PDF] Recuperado de: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/08/Tesis-Piza.pdf>

García Amado, J. (2008). *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?* [Obtenido de Archivo de PDF]. Revista Oficial del Poder Judicial del Perú. Recuperado el 2020, de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b9a6fe8043eb7bbaa8b0eb4684c6236a/19.+Doctrina+Internacional++Juan+Antonio+Garc%C3%ADa+Amado.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b9a6fe8043eb7bbaa8b0eb4684c6236a>

García Amado, J. (11 de noviembre de 2019). *Manuel Atienza y García Amado discuten sobre reglas, principios y fútbol*. [Obtenido de Archivo de video] Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=S5nUMTmN4_s

Villavela, C. (2017). *Los Métodos En La Investigación Jurídica*, Instituto de Investigación Jurídica UNAM. Disponible en <https://es.slideshare.net/fpool/mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-jurdica-1>, Consultado el 13 de abril de 2017.

Quevedo, G. *¿la causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común puede ser alegada por cualquiera de los cónyuges?* [Obtenido de Archivo de PDF]. Revista Justicia y Derecho. Recuperado de: <http://justiciayderecho.org.pe/revista3/articulos/05%20La%20causal%20de%20divorcio%20por%20imposibilidad%20de%20hacer%20vida%20en%20comun%20puede%20ser%20alegada%20por%20cualquiera%20de%20los%20conyuges%20Gaston%20Queve.pdf>