



FACULTAD DE DERECHO

**VIGENCIA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL  
PERÚ**

**PRESENTADA POR  
CESAR ADOLFO GRANIZZO ANGLAS MEJIA**

**ASESOR  
GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA**

**TESIS  
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**LIMA – PERÚ**

**2021**



**CC BY-NC**

**Reconocimiento – No comercial**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO**

**VIGENCIA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL PERÚ**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**PRESENTADO POR:**

**CESAR ADOLFO GRANIZZO ANGLAS MEJIA**

**ASESOR:**

**Mg. GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA**

**LIMA, PERÚ**

**2021**

## **DEDICATORIA:**

A mis padres, quienes se esforzaron tanto por verme convertido *en* un profesional con agradecimiento y amor infinito. A mis hermanos, por su motivación y cariño.

## **AGRADECIMIENTOS:**

A mi asesor Mg. Gustavo Enrique Montero Ordinola, quien ha sabido guiarme en la elaboración de esta tesis, por sus consejos y enseñanzas que nunca olvidaré.

## ÍNDICE

Dedicatoria	
Agradecimientos	
Resumen .....	iv
Abstract .....	vi
Introducción .....	viii

### **CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO**

1.1. Antecedentes de estudio de investigación.....	01
1.2. Bases teóricas .....	03
1.2.1. Divorcio.....	03
1.2.2. Divorcio unilateral o repudio .....	04
1.2.3. Causales de divorcio .....	08
1.3. Definición de términos básicos .....	19

### **CAPÍTULO II. HIPÓTESIS**

2.1. Formulación de hipótesis principal y derivada .....	22
2.1.1. Hipótesis principal .....	22

### **CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

3.1. Diseño metodológico .....	23
3.2. Procedimiento de muestreo .....	24
3.3. Aspectos éticos .....	25

## **CAPITULO IV: LA FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN**

4.1. Antecedentes Históricos .....	26
4.2. La familia en la actualidad .....	34
4.3. Definición de familia.....	36
4.4. Elementos que integran la relación familiar .....	40
4.5. Fines de la familia.....	42
4.6. Naturaleza Jurídica de la familia.....	50

## **CAPITULO V: EL MATRIMONIO**

5.1 Antecedentes Históricos .....	58
5.2. El matrimonio en la sociedad Romana .....	61
5.3. Definición.....	64
5.4. Naturaleza jurídica del matrimonio .....	65

## **CAPITULO VI: EL DIVORCIO**

6.1 Antecedentes históricos del divorcio .....	70
6.2. Clases de Divorcio .....	77
6.3. Teorías acerca del Divorcio (Naturaleza jurídica) .....	80
6.4. El Divorcio en sede municipal y notarial: divorcio express. ....	85
6.5. Hacia una tendencia: El Divorcio sin causal. ....	85
6.6. Hacia una nueva fisonomía del Divorcio.....	89
6.7. Análisis en relación a la causal de imposibilidad de hacer vida en común .....	98

CONCLUSIONES .....	110
--------------------	-----

RECOMENDACIONES .....	114
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	115

## RESUMEN

La presente investigación tiene su fundamento en el análisis de las causales de divorcio existentes en nuestro Código Civil, las cuales consideramos excesivas y poco utilizadas en la práctica, por lo que se propone la disminución a dos de ellas: la imposibilidad de hacer vida en común y la de separación de hecho. Para ello, se han analizado las causales existentes en el Código, así como la aplicación que viene dándose a esta causal en el Poder Judicial, advirtiéndose que con el tiempo estas han perdido su real significado, ya que muchas de ellas confluyen en la única causal lógicamente evocable: la de imposibilidad de hacer vida en común. Esto, porque uno de los fines básicos del matrimonio es el hacer vida en común y cuando esta posibilidad se quiebra, el matrimonio fracasa. Para ello, hemos planteado como problema principal si se justifica que las diversas causales para el divorcio que sean distintas a la separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común puedan quedar comprendidas en esta última causal, y como segundo orden, si sería conveniente establecer criterios mínimos para la interpretación de la causal de imposibilidad de hacer vida en común a fin de que los operadores jurídicos puedan otorgar el divorcio en nuestro país, llegando a la conclusión en este extremo que por estos no se podrían establecer por cuanto esta causal debe permitir acceder al divorcio sin otros fundamentos que ella misma. Los objetivos de investigación han sido analizar si todas las causales de divorcio establecidas en el Código Civil

pueden estar comprendidas en la causal de imposibilidad de hacer vida en común. Se obtuvo como conclusiones que solo deben ser incorporadas las dos causales mencionadas, debiendo desaparecer todas las demás, basadas en un criterio de autonomía de la voluntad y a fin de aportar el sistema del divorcio voluntario, utilizado también en otros países del mundo. Por lo que se recomienda una modificación del Código Civil en lo que corresponde a la regulación del divorcio por cuanto este debe estar orientado a la protección de la persona, de su libertad y dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado.

**Palabras clave:** Familia, matrimonio, divorcio, autonomía de la voluntad

## **ABSTRACT**

The present investigation is based on the analysis of the grounds for divorce existing in our Civil Code, which we consider excessive and little used in practice, so it is proposed to reduce two of them: the impossibility of making life in common and the de facto separation. To this end, the causes existing in the Code have been analyzed, as well as the application that has been given to this cause in the Judiciary, noting that over time these have lost their real meaning, since many of them converge on the only cause logically evocable: the impossibility of making life in common. This, because one of the basic purposes of marriage is to make life in common and when this possibility is broken, the marriage fails. For this, we have raised as a main problem if it is justified that the various grounds for divorce that are different from the de facto separation and inability to live together may be included in the latter cause, and as a second order, if it would be convenient to establish minimum criteria for the interpretation of the cause of impossibility of making life in common so that legal operators can grant divorce in our country, concluding at this point that these could not be established because this cause should allow access the divorce without other grounds than herself. The objectives of the investigation have been to analyze if all the grounds for divorce established in the Civil Code can be included in the cause of impossibility of making life in common. It was obtained as conclusions that only the two mentioned causes should be incorporated, all the others must

disappear, based on a criterion of autonomy of the will and in order to provide the voluntary divorce system, also used in other countries of the world. Therefore, a modification of the Civil Code is recommended in what corresponds to the regulation of divorce because it must be oriented to the protection of the person, his freedom and dignity, as the supreme goal of society and the State.

**Keywords:** Family, marriage, divorce, autonomy of will

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se ha enfocado en un problema actual que es harto conocido por la mayoría de nosotros: el fracaso del matrimonio y la consecuencia irreparable del divorcio por causal. La institución del matrimonio en la actualidad atraviesa una serie de inconvenientes provenientes en su mayoría por la falta de comprensión entre los cónyuges, ya sea por el tema de gananciales de la sociedad conyugal, por los problemas con los hijos, por la infidelidad, por la violencia entre la pareja o con los hijos, entre otros, habiéndose convertido el divorcio en una salida aparente a todos estos problemas, pero cuando los cónyuges deciden llevarlo a cabo, se encuentran con trece causales de divorcio establecidas en nuestro Código Civil, las cuales resultan ser de difícil aplicación e interpretación, más aún para encuadrarlos dentro del supuesto de hecho contenido en la norma, y ni que decir de lo difícil que significa probar estas causales sin que existan daños de orden físico, psicológico, moral y económico a los propios cónyuges y a los hijos. Por ello, esto se ha convertido en un problema social y a la vez de trascendencia jurídica, ya que le compete al Estado adaptar las normas a la realidad social imperante y el problema aquí planteado, tiene solución con una modificatoria de las causales de divorcio contenidas en el Art. 333 del Código Civil peruano.

Sumado a lo engorroso de aplicar las diversas causales de divorcio en nuestro país, se ha podido advertir durante la investigación, que las

sentencias que ya se han emitido en divorcio por causal, tienen poca predictibilidad, al no existir lineamientos claros en la doctrina que ayuden a los magistrados a optar por la causal de divorcio apropiada. Prueba de ello es la causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común, la cual aún no está desarrollada con razonamientos claros ni coherentes en la judicatura y ha resultado en sentencias que no ampararon el divorcio, obligando así a las parejas a mantener una unión tan solo en un papel, pues quizá la separación entre ellos ya se habría producido.

De ahí que en la presente investigación se ha establecido como hipótesis que es apropiado hacer viable la existencia de sólo dos causales de divorcio en nuestro Código Civil: la de separación de hecho, por una cuestión evidente, y la de imposibilidad de hacer vida en común, entendiendo esta última como única forma de acceder al divorcio por causal, proponiendo también que el trámite sea ágil y sin mayor aporte de pruebas, es decir, con el sólo dicho de alguno de los cónyuges. Como objetivos de esta investigación está primeramente determinar si todas las causales establecidas en el Código Civil puedan ser subsumidas por la propuesta de imposibilidad de hacer vida en común, así como establecer los criterios mínimos que hagan posible amparar la causal en sede judicial, los cuales no deberían ser tan rigurosos, atendiendo también al hecho de que la legislación comparada nos habla hoy en día del llamado divorcio incausado, donde se tiene por objeto ponderar otros derechos como el de la intimidad, a la libertad de elegir de los cónyuges el propio destino de sus relaciones

personales y familiares, ya que el derecho de familia resulta siendo un tema muy sensible en nuestra sociedad.

Por ello, la presente investigación resulta ser un tema interesante y de actualidad y se ha desarrollado en seis capítulos: el primero referido al marco teórico donde abordamos los principales aspectos teóricos sobre el tema en cuestión; asimismo se detallan las bases teóricas y la definición de términos básicos. En el capítulo segundo tenemos la hipótesis principal a la que se ha llegado en la presente investigación; luego en el capítulo tercero la metodología aplicada para el desarrollo de la investigación; en el capítulo cuarto denominado la familia y su evolución, hemos desarrollado aspectos centrales como la evolución histórica de la familia en Grecia y en Roma; asimismo, la descripción de la familia en la actualidad y su definición. Seguidamente en el capítulo quinto, desarrollamos la institución del matrimonio, el matrimonio en la sociedad romana, y finalmente en el capítulo sexto tenemos el desarrollo de la figura jurídica del divorcio, analizado desde sus antecedentes históricos, las diversas clases de divorcio establecidos por la doctrina; elaboramos también el análisis referido a la causal de imposibilidad de hacer vida en común, la cual planteamos que sea considerada como causal única, esperando que la propuesta sea acogida para la modificación del Art. 333 del Código Civil, que viene a ser el tema central de la investigación; para finalmente desarrollar las conclusiones y recomendaciones.

# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

**1.1. Antecedentes del estudio de investigación.** Se han revisado las bibliotecas y repositorios de las universidades, tanto de pregrado y postgrado, habiéndose hallado sólo las siguientes tesis relativas al tema de investigación.

Tesis de doctorado de FRANCO ALZAMORA, DIANA BEATRIZ (2018), titulada: “La causal del divorcio de imposibilidad de hacer vida en común en la legislación peruana”, para optar el grado de doctor en Derecho, Universidad Federico Villarreal, en la cual se efectúa un análisis sobre dicha causal dada su insuficiente regulación y carencia de alcances precisos que puedan dar mayores luces a los magistrados para su correcta aplicación e interpretación.

GONZALO BERMÚDEZ TORRES(2014). Tesis: “El divorcio por causal en el Perú, entre causas y concausas”. Para optar el grado de magister en Derecho Civil. Universidad Autónoma de México; en la que se concluye que no se puede elaborar causas legales de divorcio en un sistema de numerus clausus, sino por el contrario, dejar abierta la posibilidad que un hecho que haga imposible la vida en común puede ser una causa de divorcio. Tesis que compartimos.

MARÍA PINILLOS CHÁVEZ. (2010). Tesis "El proceso de alimentos y el índice de divorcios en Lima, 2009". Para optar el grado de magister en Derecho Civil. Universidad Mayor de San Marcos; tesis en la que la autora concluye que muchos de los casos de procesos civiles de alimentos tramitados en Lima, no han podido generar un proceso por divorcio, por causal, se ha tenido que esperar que el proceso inicial de alimentos haya generado una condena por delito de omisión a la asistencia familiar, pero por el tiempo que tiene que pasar, que en muchos de los casos es de cinco años, los interesados pierden confianza en el sistema judicial y no accionan nada.

ALVAREZ OLAZABAL, ELVIRA MARÍA (2006). Tesis: Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿permisividad o disolución?. Para optar el grado de magister en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Esta investigación aborda el tema tan complicado, de la causal de imposibilidad de hacer vida en común, llegando a efectuar conclusiones en el sentido de que esta causal debe ser objeto de un mayor análisis por la doctrina debido a su carácter interdisciplinario; asimismo, considera que la convivencia en condiciones adversas al natural desarrollo del ser humano y de los hijos, no pueden improvisarse con normas que no van a proporcionar soluciones adecuadas a este conflicto sin un trabajo técnico y sustentado. Posición que compartimos.

## **1.2. Bases Teóricas.**

**1.2.1. Divorcio.** Siendo el tema central de esta investigación las causales de divorcio, es necesario precisar una definición que nos lleve a entenderlo en su real magnitud. El término alude a rompimiento, a separación por alguna causa o alejamiento de cosas que pueden ir separadas. Es un término a veces dañino a una relación matrimonial, nace como una amenaza a la seguridad que se debe encontrar en el hogar, en la familia. Sin duda, el divorcio se ha convertido en un problema de gran envergadura en una realidad social como la nuestra, tan diversa, tan desigual, con clases sociales bien definidas y marcadas por profundas diferencias estructurales. Muchos enfoques sociológicos advierten que las causas del divorcio se dan, muchas veces, de forma tan precóz – esto es en algunas sociedades - donde los matrimonios solo llegan a durar algunos meses ni siquiera un año; parejas casadas que esperan con ansias que transcurran dos años para poder acceder al divorcio por causal. Ante estos hechos, podemos decir que nuestra legislación no ha evolucionado tanto como la realidad social, habiéndose quedado relegada innecesariamente, ya que sólo nos queda adecuar las normas a los paradigmas y planteamientos sociales modernos. Así, buscando una definición mucho más exacta sobre el divorcio, nos encontramos con la

formulada por Baqueiro Rojas & Buenrostro Báez, (2014) donde nos dice que:

El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio solo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedencia (pág. 213).

**1.2.2. Divorcio unilateral o repudio.** El divorcio unilateral, desde muy antiguo, ha sido considerado la forma privilegiada de acceder a la disolución del vínculo, ya que en épocas muy remotas, quien tenía esa facultad el cónyuge, el esposo. Y quizá por temas de desigualdad de género, fue la misma sociedad quien marcó esa posición del hombre como el único permitido para acceder a la disolución del matrimonio mediante el llamado “repudio” a la conyuge o concubina; y aquí, se considera que no tenía que invocar una causal específica o determinada previamente en la ley, sino que obedecía a la libre voluntad, a su parecer, a su libre albedrío, sin más. Hecho que fue considerado arbitrario y que el denominado repudio tuvo inclusive origen bíblico, desde la concepción que el matrimonio nos unía al otro en “una sola

carne”, o la otra frase tan conocida como “Lo que Dios ha unido....”; aspectos que saltan con especial relevancia para abordar un tema tan delicado como el divorcio unilateral. Así, volviendo al tema del divorcio repudio, contemplado decíamos en el Antiguo Testamento en especial el libro de Mateo que nos menciona la figura tan extendida hoy en día del adulterio como causal de divorcio. En este pasaje de Mateo, se refiere en tono de sentencia que “El que mira a una mujer deséandola, ya cometió adulterio con ella en su corazón...” (Mateo 5, 27-28). También en este pasaje se lee claramente: “El que repudie a su mujer que le de acta de divorcio”; por ello, es que apreciamos que el divorcio unilateral ha existido y existirá siempre, optando por la figura que mejor le parezca a la ley, debe regularla; en el Antiguo testamento no apreciamos con claridad a qué conducta de la mujer puede atribuirse el repudio, a parte de la adúltera, y vemos también que hasta aquí tenemos bien identificada la figura del matrimonio, divorcio, repudio y adulterio, componentes que inclusive hoy en día siguen en boca de todo el mundo que busca una salida a un matrimonio fracasado.

Así, según Belluscio (2007):

En éste, la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio y el divorcio convencional o por mutuo consentimiento, voluntario o por mutuo disenso, mediante el acuerdo voluntario de ambos cónyuges para

poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna, (pág. 356).

Como apreciamos, para Belluscio, el divorcio unilateral solo debe contener la voluntad de una de las partes (cónyuges) o de ambos sin invocar causal alguna. Posición que difiere de la señalada en el Antiguo Testamento, pero que sin embargo es lo que actualmente han adoptado muchas legislaciones en el mundo.

El tema que nos ocupa en la presente investigación, es el divorcio por causal, es decir, la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad judicial competente y en base a causa específicamente señalada en la ley. Según Baqueiro (2014)

Casi todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos y la acción se da a quien no ha dado motivo en contra del responsable. Por ende, entonces, el divorcio procede cuando se originó la ruptura del vínculo conyugal, producto de un conflicto dentro del matrimonio, a diferencia de la separación conyugal y divorcio ulterior, que se hace en un acuerdo mancomunado; el divorcio per se, presupone la comisión por parte de uno o ambos cónyuges de hechos o actos culpables cuya atribución es incompatible con la vida de los

cónyuges, por ende éste rompimiento del vínculo se origina ante uno o varios actos culpables, denominado causales (pág. 190).

Entre las causales que establece nuestro Código Civil, se tienen algunas denominadas relativas, que deben ser valoradas por el juez, quien luego de efectuar un análisis jurídico de las invocadas, decidirá si éstas imposibilitan una vida en común, por ejemplo el adulterio, la injuria grave; por otro lado existen las causales absolutas, que se configuran en hechos que bastan por si solos, sin que deban depender de una valoración judicial, por ejemplo el abandono injustificado del hogar conyugal, maltrato etc.

Pero lo cierto es que dentro del proceso civil la parte que demanda divorcio por causal, tiene la obligación de probar la misma, además de acreditar que a raíz de ésta, el vínculo conyugal se ha roto y que por ende la vida en común ya no es posible, siendo el juez quien debe valorar esta conducta en su oportunidad; por lo que, no basta invocar la causal, sino además definirla y acreditar que los derechos y deberes de los cónyuges que se establecen de acuerdo al interés del orden social y de la familia, no han sido cumplidos por uno de ellos y que la violación a tales deberes hace que el cónyuge ofendido ya no quiera continuar con el proyecto de vida en común.

**1.2.3. El divorcio y sus causales.** El Código Civil vigente en su artículo 333º ha establecido una serie causales de divorcio; en ese sentido se han desarrollado en este ítem las siguientes:

**A. El Adulterio.** El adulterio se da cuando uno de los cónyuges sostiene o ha sostenido relaciones sexuales con una persona ajena a su cónyuge, lo que podemos equiparar al repudio producto de la acción adúltera. “Esta figura pierde efecto a los cinco años ocurrido el hecho. Muchas demandas se pierden porque las pruebas no están dirigidas a probar el acto sexual infiel, o solo se sustentan en seguimientos de detectives que no aportan nada” (Diaz de Guijarro, 1998, pág. 54).

**B. Violencia Física o Psicológica.** Para Aguilar, está entendida como:

... Toda acción destinada a causar un daño en la integridad física y salud de una persona, actos que evidentemente deben dejar huellas perceptibles por los sentidos, también comprende heridas contusas. De otro lado, la violencia psicológica es toda acción u omisión encaminada a intimidar, atemorizar, humillar, desvalorizar, causar inseguridad personal

por medio del empleo de frases y/o acciones físicas indirectas (Aguilar, 2018, pág. 30).

### **C. Atentado contra la vida del cónyuge.**

Nuestra constitución señala que toda persona tiene derecho a la vida, y que la institución familiar implica una comunidad de vida entre hombre y mujer. Los deberes del matrimonio deben ser respetados, en consecuencia, la comunidad de vida que plantea el matrimonio no puede exceptuarse en una relación matrimonial; siendo así, no se concibe la violencia bajo ninguna de sus concepciones dentro del matrimonio, ni bajo ningún punto de vista. La violencia de este tipo es extrema y viene bien justificado como causal de divorcio. Como refiere Aguilar (2018):

El intento doloso de acabar con la vida del consorte, supone no solo un incumplimiento de estos deberes, sino un gravísimo riesgo del consorte agraviado de que en una próxima oportunidad su intención homicida se consume y con ello dé lugar a la finalización del matrimonio con las gravísimas consecuencias que ello acarrea, sobre todo si existe descendencia, condenándola a vivir sin sus padres. Por todo ello la causal está debidamente justificada (pág. 43).

#### **D. La Injuria Grave que haga insoportable la vida en común.**

Viene a ser una causal cuya presencia es muy común en los procesos de divorcio en nuestro país, cuyos límites o fronteras han sido difícil de definir por la judicatura, por lo subjetiva que puede ser la injuria, ya que lo que para unos son palabras ofensivas, para otros pueden no serlo. Así, son injurias graves:

Los ultrajes dirigidos por un esposo al otro por medio de la palabra o no, ya que sin haber pronunciado palabra alguna pueden tener el carácter de una ofensa que denigra al cónyuge y hacen insoportable la vida en común. El honor es el sentimiento de autoestima, y para nuestro legislador la gravedad de la injuria depende del sufrimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima y que la intensidad de ese sentimiento dependa a su vez del sentido de honor que se tenga de sí mismo (Aguilar, 2018, pág. 46).

Denigrar a un hombre o a una mujer son hechos que no pueden ser permitidos bajo ningún punto de vista, ya que traen consecuencias serias para la sana convivencia matrimonial, imaginemos solamente cómo sería la relación diaria en esa familia, frente a los hijos, en la proyección que deben tener en sociedad, consideramos que ya no sería lo mismo. Por lo que el

divorcio estaría suficientemente sustentado. Pero qué ocurre cuando alguno de los cónyuges tolera estas conductas por mucho tiempo y no las denuncia o no hace visible su incomodidad o su afección, sin duda invocar esta causal será complicada por la poca posibilidad de probarlo en un proceso.

#### **E. El Abandono Injustificado del hogar por más dos años.**

El matrimonio impone a los cónyuges los deberes de cohabitación, fidelidad y asistencia mutua, la cual se rompe cuando uno de ellos abandona el hogar sin motivo aparente, salvo si es por cuestiones laborales. El abandono ya es un rompimiento de las obligaciones que justamente nacen del matrimonio. Es una evidencia de no querer cohabitar y de buscar en otro lugar un techo para quizá alejarse y encontrarse. El cónyuge que toma esta decisión, debe estar seguro de que a su regreso las cosas no serán las mismas, de que el rompimiento es más que evidente. Este hecho en la práctica ha generado las incontables denuncias de abandono de hogar, o del llamado retiro voluntario, tramitado ante la Policía Nacional del Perú, sin evidencias de que se hagan con certeza o con exactitud, ya que este podría también ser un escenario aparente para lograr el divorcio por quienes ya están cansados de estar unidos. Así, para Arias Schreiber (2002):

Esta cohabitación no debe entenderse solo como vivir bajo un mismo techo, sino que incluye también el débito sexual exclusivo y excluyente, sumado el deber de la comunidad de vida. Para que esta causal sea planteada se requiere constatar la existencia de un abandono y que el abandono sea injustificado, no puede deberse a razones de salud, trabajo, etc. (pág. 279).

**F. La Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.**

Llegamos a un punto muy discutido en la doctrina ¿Cómo probar la conducta deshonrosa? ¿Qué debemos de tener en cuenta para calificar como tal a un hecho que consideramos por la ley como causal de divorcio? De hecho, es difícil responder a estas preguntas, ya que lo que para mi puede ser denominado como “conducta deshonrosa” para otros pueda que no lo sea. Entendiendo esto desde la óptica de que nuestros valores y principios no se dan de forma homogénea en todas las personas, la calificación como causal de divorcio resulta dificultosa para los magistrados que ven estos casos, prueba de ello son los pocos fundamentos que le dan a esta causal y que tiene que ver básicamente con lo que piensa cada magistrado o lo que valora como tal. Para mi, deshonroso puede ser que mi cónyuge se exhiba en ropa

provocativa o con modales ordinarios, de forma vulgar y salga a beber todos los fines de semana; así, para otro puede ser deshonroso que tenga amigos homosexuales o frecuente una comunidad de lesbianas o personas trans, o bien que asista a una marcha del orgullo gay, tan popular en estos tiempos y pueda que para otros esos hechos no signifiquen nada. De ahí lo complejo. Según Varsi (2004):

La conducta deshonrosa como causal regulada en el Código Civil es vaga y suscita en la práctica innumerables controversias. El término conducta es un galicismo, mejor hubiera sido utilizar comportamiento, mientras que el término honra es de dominio de la ética y de la conciencia. La naturaleza jurídica de la conducta deshonrosa como causal es el configurar como tal aquellos comportamientos o modos conyugales que lindan con lo ilícito, delictual, contrario al orden público o a las buenas costumbres como por ejemplo el proxenetismo, narcotráfico, prostitución, corrupción, entre otros (Varsi, 2004, pág. 38).

### **G. El uso habitual e injustificado de drogas.**

Esta causal alude a la habitualidad, o sea una conducta repetitiva que podría ser una adicción difícil de sobrellevar para el otro cónyuge; además que el uso de drogas no esté justificado como podría darse en el caso de una enfermedad y existiendo prescripción médica. Sin embargo, se considera que, "esta causal no está referida a la toxicomanía en particular, ya que entonces sería una causal para la invalidez del matrimonio" (Varsi, 2004, pág. 64).

### **H. La enfermedad grave de transmisión sexual.**

En esta causal es necesario efectuar una distinción, si es que la enfermedad se contrajo antes o después del matrimonio, si fuera antes, el matrimonio sería inválido y si fue después si se configuraría como causal de divorcio. Para Aguilar (2018), esta causal "se considera innecesaria, ya que en tanto que al haberse mantenido una relación sexual con otra persona se incurriría en una causal de adulterio" (pág. 69). Pero habría que anotar que la dificultad de probar esto último que refiere Aguilar, hace casi imposible de lograr un divorcio bajo los alcances de esta causal. Además le sumamos la idea de la conversación o protección del derecho a la intimidad, no creemos viable invocarla si hay una

afección directa a un derecho constitucional para que luego tenga que ventilarse esto en un proceso de divorcio.

#### **I. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.**

La homosexualidad alude a la atracción sexual entre dos personas del mismo sexo, que sobrepasa lo natural y que puede darse entre hombres como mujeres. No estuvo regulada en el Código del 36, por lo tanto, fue novedosa su incorporación en el Código del 84, siguiendo las tendencias modernas sobre la sexualidad; sin embargo, muchos autores consideran que debe interpretarse como una conducta deshonrosa, opinión que personalmente no comparto, ya que considero que las personas no perdemos la honra por tener una orientación sexual determinada. Esta causal también tiene acogida como causal de anulabilidad del matrimonio regulada en el Art. 277 inciso 5), en tanto que se induce a error al otro contrayente sobre sus preferencias sexuales y se produce un vicio de la voluntad. (Aguilar, 2018).

#### **J. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.**

Esta causal fue dispuesta desde el Código Civil de 1852. Muy confusa como veremos, ya que está más atribuida a la conducta de los cónyuges que bien podría afectar la convivencia y el tiempo que se priva la pareja de vivir juntos y en unión familiar. Según Aguilar (2018):

Cabe preguntarse cuál es el presupuesto para que se haya regulado esta causal para la procedencia de la acción de separación legal, acaso la privación de la libertad efectiva en tanto que ella supone una no convivencia, por el hecho de que al sufrirse carcelería convierte materialmente en imposible la convivencia? O será acaso la condena penal por sí misma, que implica una falta moral y agravia a la cónyuge inocente, con lo cual estaría implícitamente incluida dentro de la gama de situaciones que estipula la conducta deshonrosa (pág. 76).

**K. La imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial.**

La Ley N° 27495 incorpora la causal de imposibilidad de hacer vida en común a nuestro sistema legal, sumada la causal de separación de hecho. La redacción de la norma nos refiere que

deba estar debidamente probada en un proceso, lo que lleva a preguntarse qué hechos habría que probarse básicamente y es que la dificultad de probar un hecho de “imposibilidad” de vivir con el otro cónyuge se vuelve casi un imposible, ya que habría que exponer tantas cosas íntimas de la pareja que quizá se terminaría desestimando la demanda por falta de pruebas. Esto es evidente, no tenemos siquiera jurisprudencia que ilustre o refuerce la aplicación de esta causal en los procesos de divorcio. ¿Y cómo comprobaría un juez este hecho?, acaso conviviendo con los cónyuges, sería la única posibilidad de emitir un fallo con certeza y sobre todo con justicia y equidad. De ahí que esta causal preocupa, ya que los interesados en invocarla acuden a un sin número de medios probatorios obtenidos de maneras inimaginables, como siempre exponiendo cuestiones muy íntimas de la pareja que no merecen ser reveladas por la salud mental de los involucrados.

Se considera que lo que se debe probar es que la vida en común ya no es posible en la pareja, al juez sólo le tocaría comprobar este hecho de la inviabilidad de la pareja para que sigan viviendo como tal y verificada la situación entonces proceder a resolver por la separación o el divorcio (Aguilar, 2018, pág. 80).

**L. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años.**

Esta causal difiere de la de abandono injustificado del hogar conyugal, ya que se entiende que se basa en el abandono injustificado producido de manera unilateral o por acuerdo de ambos cónyuges, encontrándose dentro de la tesis del divorcio remedio, ya que lo único que debe acreditarse para su procedencia es la separación fáctica, sin interesar si ello se debe a uno u otro cónyuge, así que puede ser invocado por cualquiera de los dos. Debemos resaltar, que el uso indiscriminado de las constataciones policiales ha generado muchas veces falsos abandonos de hogar tan solo para generar la prueba que acredite la existencia de la causal y sea llevada al proceso como prueba fehaciente. Pero nada más cuestionable que una constatación policial hoy en día.

Lo cierto es que esta causal obedece a la existencia de un sin número de parejas separadas por diversos motivos que han formado inclusive nuevos hogares y no pueden divorciarse por la no existencia de causales propias, encontrándose aquí una salida (Aguilar, 2018, pág. 99).

### 1.3. Definición de términos básicos

**Matrimonio.-** Definir el matrimonio ha pasado a ser un tema muy amplio y de múltiples aristas. Así, puede ser tratado desde el punto de vista de la sociología, la antropología, la sociología, del derecho, atravesando desde la perspectiva religiosa y hasta por las creencias y formas socialmente aceptadas en un espacio y tiempo determinado. Sabemos que a través del matrimonio el hombre y la mujer pasan a formar parte de una sola unidad, una sola carne para tener también un cierto sentido de pertenencia inevitable, que muchas veces hace confusa la idea del matrimonio. Muchos autores han denominado a esto como una realidad existencial, histórica, social y cultural del ser humano, a la que quizá no podemos ser ajenos o dejar de tenerla en cuenta en nuestras vidas. Creemos también, falsamente, que el matrimonio es para toda la vida y bajo esa concepción hemos sido formados; así, en el sentido antropológico es un estado de vida que va más allá de la sexualidad, donde no se considera que el matrimonio haya entrado en crisis, sino que ha evolucionado; hoy en día vemos más parejas unidas, pero sin matrimonio de por medio, donde la convivencia pasa a ser una institución más inteligentemente usada. Hoy en día también podemos decir que la idea central, básica y fundamental del matrimonio se ha agrandado y ha incluido a las uniones homosexuales, que en muchos países ya es legal. La moderna doctrina en derecho de familia ya esboza la idea de un “matrimonio plural”, que, aunque nos cueste a los latinos entenderlo, está

referido al matrimonio con más de dos cónyuges y hasta a parejas del mismo sexo. Hoy en día, en todas las sociedades modernas, existe una definición de matrimonio, aunque con variaciones en su significado. Lo analizaremos más adelante. Partimos ahora de una simple definición jurídica.

Para el Derecho, según Varsi: “El matrimonio es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos” (2004, pág. 6).

**Divorcio.-** Según Varsi (2004), el divorcio proviene del latín *divortium*) y,

Es una creación del Derecho, surge por el cuestionamiento enraizado de que sólo la muerte disuelve el vínculo matrimonial lo que resulta antagónico, dado que el matrimonio, al surgir de la voluntad, debería terminar de la misma forma, es decir, de manera deliberada (Varsi, 2004, pág. 10-11).

Diez Picazo y Gullón (1990), nos dice que:

El divorcio es una decisión del Estado, dictada por sus tribunales, previa acción y proceso contradictorio, dado que no puede existir un derecho individual y libérrimo de la

persona a la recuperación de su libertad, pues ello sería semejante a los repudios; tampoco es posible un divorcio por decisión unilateral, es necesario apoyarse en una causa legalmente tipificada (pág. 115).

**Familia.-** La familia, a diferencia de la definición del matrimonio, tiene una acepción más amplia y es básicamente temporal. Prueba de esa temporalidad son las diversas manifestaciones que esta ha tenido a través de la historia. Inicialmente, la familia como grupo primario tuvo sus orígenes desde los primeros albores y de ahí sus matices sociológicos, de la vida en sociedad. La familia nace con la idea de lazo matrimonial, de entroncamiento por el matrimonio, ya que la sociedad lo estructura de esa manera y por el hecho de que sus integrantes residen en un mismo lugar llamado hogar, protegido por el Estado y consecuentemente por la ley. Sociológicamente hemos buscado una definición y ha sido considerada como:

Una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana. Jurídicamente puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del derecho. Sin embargo, se considera que es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco y la afinidad (Arias Schreiber, 2002, pág. 27).

## **CAPÍTULO II**

### **HIPÓTESIS**

#### **3.1. Formulación de hipótesis**

Hemos formulado una sola hipótesis frente al problema ya referido, siendo esta la siguiente:

##### **3.1.1. Hipótesis principal.**

Las causales de separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común pueden comprender todas las demás causales de divorcio previstas en el Código Civil.

## CAPÍTULO III

### METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

#### 3.1. Diseño metodológico

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, al tener por finalidad analizar e interpretar los aspectos más relevantes de las causales de divorcio en el Perú, así como el marco normativo, la literatura especializada en el tema, los criterios doctrinarios más relevantes que sustentan la inaplicación de algunas causales de divorcio que ya no tienen sentido en el ordenamiento jurídico y que merecen ser consolidados en sólo dos causales representativas e inmersas en la causal de imposibilidad de hacer vida en común y la separación de hecho.

**3.1.1. Tipo de investigación:** La presente investigación es una investigación no experimental, básica en un primer momento, aunque puede ser la base de futuras aplicaciones, y es aplicada

porque se hace bajo una propuesta de mejora de las actuales causales de divorcio en el Perú.

**3.1.2. Nivel de investigación.** Es descriptivo, la descripción corresponde a un nivel que permite la caracterización del objeto, en el presente caso se describirá la realidad actual de los procesos de divorcio para luego estudiar los factores que favorecen la subsunción de todas las causales a dos.

**3.1.3. Método de investigación.** Se utilizó una estructura de carácter analítico, inductivo-deductivo, se parte identificando los componentes funcionales y estructurales del objeto de estudio.

## **3.2 Procedimiento de muestreo.**

En la presente investigación el ámbito de estudio ha estado constituido por los principales criterios doctrinarios acerca del tema propuesto. Se ha revisado literatura especializada sobre el tema sistematizando información acumulada en libros y revistas especializadas de Derecho, cumpliendo con uno de los requisitos de un instrumento, la idoneidad, que significa ser apto para la medición y se adecua al estudio. Asimismo, se han revisado legislaciones de otros países con un fin comparativo.

### **3.2. Aspectos éticos.**

Los datos, información y conocimiento están debidamente delimitadas, se garantiza la confidencialidad, la información producida e indicación de las fuentes bibliográficas debidamente referenciadas que corresponden a otros autores, se ha conservado cumpliendo con la exigencia de originalidad y de reconocimiento de la propiedad intelectual ajena.

El responsable de la investigación ha asumido un compromiso ético en la realización de la presente investigación, de acuerdo al Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad San Martín de Porres, del mismo modo ha realizado las citas bibliográficas de acuerdo al sistema APA.

## CAPITULO IV

### LA FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN

#### 4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Seguidamente pasaremos a analizar algunos aspectos históricos básicos sobre la evolución de la familia, donde, como toda institución natural ha estado sujeta justamente a la evolución de la sociedad. Mientras la sociedad cambie en estructura y paradigmas, considero que también cambiará o evolucionará la familia, tal como vemos hoy en día.

Siempre se ha considerado a la familia como un núcleo social de personas que debe su origen a la naturaleza y deriva de un hecho biológico que es la unión de genes. El término en sí mismo genera mucha controversia en cuanto a su definición, teniéndose enfoques distintos que van desde la antigua Roma hasta la actualidad. Según Ramos (2005), “el origen de la palabra familia se encuentra en la voz *familia*, por derivación de *famulus*, el que a su vez deriva del vocablo *famel* que significa siervo” (pág. 11). Para Samper (2007) “su origen estaba en el término sirviente, siervo o esclavo” (pág. 189).

Igualmente, Nizama (2008), refiere que “la familia es una adaptación de *fames*, que significa hambre, tanto de apetito alimentario como sexual, debido a que esa es la necesidad básica que debe ser cubierta por cualquier núcleo familiar” (pág. 275).

Por otro lado, para Corral (1994), la definición de familia ha obedecido a una evolución en el tiempo, donde ha sido relacionado teniendo en cuenta la casa o el espacio físico donde radicaban sus integrantes, para luego considerar este autor que se amplía su significado para nutrirla de otros elementos como los bienes, indiscutible relación, y los esclavos, así como también el grupo de personas que la componen.

Para Muñoz (2014), quien ha analizado ampliamente el origen y evolución de la familia, considera que: “La familia ha sido testigo de un largo proceso evolutivo, talvez uno de los tránsitos históricos más extensos que recuerden los tiempos” (pág. 11); así, Muñoz distingue los periodos de su evolución indicando que el primero de ellos está relacionado a la tradición para la transmisión de los bienes o el patrimonio; luego de las uniones conyugales y los acuerdos que se hacían entre los padres para casar a sus hijos sin tener en cuenta lo que estos sintieran, privándolos de elegir a la pareja que los acompañará en su camino de vida. Este mismo autor considera que “el segundo momento correspondería a la llamada familia moderna, estableciendo como inicio fines del siglo XVIII hasta mediados

del XX; y el último periodo a partir de la década de 1960 llamada familia contemporánea o posmoderna” (Muñoz, 2014, pág. 11).

Se puede afirmar que la familia, dentro de ese proceso evolutivo, ha tenido que superar algunas de las costumbres negativas que pudiera tener, como el caso del incesto, el cual podría ser la génesis de la exogamia, cuando el individuo buscó establecer vínculos entre personas de otras tribus o clanes.

Pasamos luego, a través de la historia, a apreciar el nacimiento de las comunidades sedentarias y agrícolas, donde se considera que fue el inicio de la familia, ya que el varón al quedarse en un solo lugar, dio inicio a la unión con la mujer, quien en ese tiempo estableció el inicio del matriarcado, según López (2005) “debido a la inseguridad que generaba la paternidad, generando el denominado “parentesco uterino” (pág. 33); para que luego, producto del incremento de las actividades militares y el comercio que se iba haciendo masivo, se abrió paso a la autoridad del varón y al inicio de su preponderancia en el parentesco “y articulación familiar por voluntad, al ser el hombre el que podía reconocer o negar la existencia de un hijo” (López, 2005, pág. 33).

Sin embargo, Muñoz (2014) considera que la evolución y la estabilidad sexual de la familia de la época, comienza a manifestarse con la familia *sindiásmica*, donde pueden apreciarse los primeros rasgos de la vida en

pareja, “sin que existiera estabilidad o permanencia, fundado en una completa autoridad del varón y el sometimiento de la mujer, siendo los privilegios para el sexo masculino la permisibilidad del adulterio y la poligamia, y el castigo si estas conductas las manifestaba la mujer” (Muñoz, pág. 13). Como podemos apreciar, en esta etapa también se produce, dentro de la misma familia, la diferencia entre sexos, marcada por el sometimiento de la mujer al hombre y la clara diferencia de conducta que debía tener una mujer frente a la familia.

#### **a) En la Grecia clásica.**

La familia en la Grecia clásica, consistía en la unión de dos personas que no pueden ser completas la una sin la otra, siendo esto básico para la perpetuación de la especie. Apreciamos que donde había dos personas, había familia. Y vemos como característica central, que la figura del padre siempre fue dominante. No cabe duda que nuestra historia está marcada por claras diferencias entre hombre y mujer. El hecho de rendir culto a Zeus y Atenea para la mitología griega, no significó igualdad de géneros, ni igualdad de derechos, ya que el padre de familia siempre tendría un papel preponderante. Analicemos lo planteado por Muñoz:

Se podía distinguir también la *genos* o grupo de personas formadas por los descendientes de un antepasado común;

y la fratria o agrupación de carácter religioso que rendía culto a Zeus y Atenea. La jerarquía del padre en este periodo era absoluta, ya que era la cabeza y dueño de la familia, la madre era considerada inferior al varón y se encontraba sometida a la autoridad de un hombre de la familia. Los *paideso* hijos también dependía del padre (Muñoz, 2014, pág. 17).

Luego pasamos a ver, como dato importante, que en Grecia normalmente una joven se casaba a los quince años, mientras que los varones a los dieciocho; situación en la que la novia (mujer), no llegaba a tener ninguna facultad para decidir sobre su boda, solo aceptaba a lo que su progenitor o padre le imponía, muchas veces las nupcias eran pactadas y obedecían mayormente a intereses de los padres de los contrayentes, intereses de orden social o económico. Y tal era el sometimiento de la mujer, que inclusive una mujer viuda, debía aceptar la decisión previa de su difunto marido (si así lo dejó establecido antes de su muerte) o de su primogénito, con quién contraería nupcias. A falta de estos dos anteriores, lo elegía su padre (Muñoz, 2014)

Pasamos a ver algo que llama la atención, y era el ritual matrimonial. No podemos olvidar que este fue siempre muy formal, se constituía en un acto solemne en el que, el padre de la novia sin tener la presencia de ésta, pactaba con el novio el contenido del acuerdo nupcial, y lo llegaban

a suscribir, a manera de un acuerdo pre nupcial, como lo llamamos hoy en día, y es que en este documento también había un acuerdo económico, de orden patrimonial, como era la dote.

Resulta interesante saber que toda la celebración de la boda estaba precedida de tal formalidad que hasta tenía tres días de duración, tipo fiesta patronal actual. A decir de Muñoz (2014),

La novia ofrecía sus juguetes a la diosa Artemis, despidiéndose de su soltería, tomaba un baño de purificación para asegurar su fertilidad y portaba un velo como símbolo de pureza o virginidad, mientras que el novio se cortaba el cabello y ofrecía sacrificios a los dioses. Luego venía el banquete en casa del padre de la novia, luego de lo cual, el varón quitaba el velo a su mujer para iniciar una procesión acompañada de cantos con el traslado de ella hasta su nuevo hogar en donde era recibida por sus suegros, antes de su ingreso, se quemaba el eje del carro de transporte para que no pudiese regresar a su morada anterior, mientras los suegros arrojaban sobre su cabeza dátiles, nueces e higos en señal de bienvenida, para finalmente ingresar al tálamo o habitación nupcial (Muñoz, 2014, pág. 18).

Los hijos, o sea la descendencia, generó en la sociedad el aumento del número de integrantes de la familia, donde también estaba permitido el

aborto, así como también el hecho de que se pueda abandonar a los niños o niñas deformes, quienes, a decir de los historiadores, eran arrojados al monte Taigeto (Cordillera del Peloponeso al sur de Grecia).

En cuanto a la figura del adulterio, se sabe que este se podía configurar en el caso de que el marido yacía con la cónyuge de otro, exigiéndose que sea cónyuge legítima. Según Muñoz (2014) “su sanción o penalidad era mínima y se castigaba mediante la aplicación de una multa o el *rapanismós* (introducción de un rábano en el recto), en el caso de ser sorprendido in fraganti, esto sólo era aplicado a los varones de las clases sociales más bajas, ya que los que tenían buena posición económica pagaban una multa” (pág. 21). Sin embargo, si era la mujer la que cometía adulterio, la sanción era el divorcio, claro que este venía seguido del repudio con la consecuente expulsión del hogar y hasta se le podía prohibir salir arreglada a lugares públicos, o sea, era marginada de la sociedad, eso importaba el adulterio para la mujer. “El adulterio en la mujer espartana se consideró legítimo sólo en el extremo de que esta lo hiciera para procrear” (Muñoz, pág. 21).

En la antigua Grecia:

La familia helénica se caracterizaba por constituir una agrupación económico-social aglutinada mediante el control o potestad omnímoda del *pater* o jefe de la familia, se articulaba en torno a lo que podemos denominar como familia

extensa amplia o familia compuesta, es decir, integrada por una pareja o uno de los miembros de esta, con uno o más hijos y por otros miembros parientes y no parientes. El ordenamiento social y legal se encontraba elaborado para proteger o amparar una familia tradicional, es decir, la que se constituía mediante el vínculo matrimonial (Muñoz, 2014, pág. 21).

**b) En Roma.**

En Roma el vocablo familia o *domus* tenía diversas acepciones, casi siempre asociadas a la idea de la existencia de una comunidad de vida única, donde se desarrollaban una conjunción de intereses políticos y sociales, con predominancia de los intereses económicos o patrimoniales de la familia y el sentido de autoridad familiar, la cual recaía en el *pater familias*. Para Ulpiano, citado por Muñoz (2014), la familia eran muchas personas que por su naturaleza o por derecho, estaban bajo la autoridad de una sola persona, considerada la cabeza, sometidos a una misma potestad, tratándose de familias agrupadas por un antepasado en común. Justiniano indicó: “Así pues, aquél que nace de ti y de tu mujer, está bajo tu potestad; del mismo modo el que nace de tu hijo y de su mujer, tu nieto o nieta, y también el biznieto o biznieta, y así sucesivamente” (Muñoz, 2014, pág. 23).

Así, se conoce que en el derecho romano la familia, que tuvo mejor desarrollo que en Grecia a mi parecer, ya que establecía la estructura de esta institución bajo tres pilares esenciales: los bienes, las personas y las acciones, “entendiéndose en el Derecho de Familia como la proyección de la persona en su mínimo grado de organización social y como factor aglutinante de intereses políticos, económicos y sociales” (López, 2005, pág. 36).

Los romanos desarrollaron las principales instituciones del Derecho Civil, y de ellos heredamos también la figura del *potestas* para definir el poder que se habría ejercido sobre los miembros integrantes del grupo familiar; se utilizó el término *manus* para expresar la situación de la cónyuge, entendiéndose que ella estaba sometida al marido y *patria potestas* para el poder sobre la prole y *dominica* en relación a los esclavos; asimismo, usaban el término *dominium* para referirse al poder sobre los bienes de diversa categoría o naturaleza, llámese muebles o inmuebles, que en el Derecho romano eran conocidos como “*res mancipi*” o “*res nec mancipi*”; así también el término *mancipium* aplicable a los ciudadanos romanos que pasaron a la categoría de siervos (Petit, 2007).

#### **4.2. LA FAMILIA EN LA ACTUALIDAD.**

Hacer un enfoque actual de la familia nos lleva a considerar diversos aspectos, considerar una serie de variables desde su función social, sus constantes cambios en las últimas décadas y su configuración tan variada, llegando a

considerarse que en la actualidad existe una tendencia a la eliminación del modelo de familia tradicional como se concebía antes, también llamada familia nuclear, donde todo empezaba y terminaba en la estructura “normal” de la familia. Hace unos años atrás, la familia invocaba una realidad casi “unívoca” pero con tan difícil significación, con una carencia de un concepto que abarque todos sus elementos y características. Siendo así, el matrimonio ha llegado a constituirse en la historia sin ninguna formalidad relevante, por la simple unión marital. Así, la familia, que actualmente goza de protección constitucional y legal en particular, merece un enfoque del por qué de su decaimiento como institución, a pesar de que algunos autores consideran que la familia no ha decaído sino el matrimonio es el que tiende a reflejar más ésa “caída”; otros consideran que partiendo del enfoque de la crisis del matrimonio, que evidencia un debilitamiento de la institución familiar y la advertencia sobre las consecuencias jurídicas y sociales de estas apreciaciones o variables, como se ha indicado al inicio, se debe evaluar esta importante institución.

En esta parte, es menester resaltar que en la actualidad se estudia con especial detenimiento el papel que viene desempeñando la autonomía de la voluntad para la generación de relaciones jurídicas familiares, lo que nos llevará a plantear una nueva configuración de la familia sobre una base de revalorización en su perspectiva social y comunitaria. No cabe duda, que existen problemas en la delimitación de un concepto que tiene matices jurídicos, sociales, antropológicos e históricos. Para los abogados será un cúmulo de normas jurídicas, una institución debidamente reconocida por el Derecho. Y para la sociología será una realidad social y en tanto tal, será

entendido como un complejo sistema de relaciones personales, como filiación, conyugal, fraternidad; entendiendo la filiación como el eje de la familia. Dentro de este aspecto, también hay que tener en cuenta que se constituye la familia socialmente, como una entidad compleja, nutrida también de principios y valores.

Aquí tenemos una definición en relación a lo planteado.

Para Varsi (2014), quien también afirma que los cambios sociales influyen en las relaciones familiares, precisa:

Las familias están en un constante devenir. De la sociabilidad a la individualidad. Del querer y aprecio a la autosatisfacción y desarrollo personal, un espacio ya no de dos sino, por el contrario, un espacio unipersonal. Dos polos contrapuestos que son la forma como las personas tratan de comprenderse y relacionarse con los demás. La familia como institución pasa a ser un vehículo para la realización de la persona humana (Varsi, 2014, pág. 55).

#### **4.3. DEFINICIÓN DE FAMILIA**

Pasaremos ahora a precisar algunas definiciones sobre la familia. Consideramos este punto importante, ya que partiendo de ella podemos

llegar a tener mucho más claro el tema para luego aterrizar en el divorcio, como fin del vínculo conyugal.

Para Carbonnier (1991): “Familia es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por la filiación, o bien por individuos vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad resultantes a su vez de relaciones matrimoniales o paterno familiares” (pág. 7).

Por su lado en Italia Belluscio (2007) señala que: “en razón de la polisemia de la palabra familia, no es posible dar un concepto preciso de ella” (Pág. 5), entendiéndolo finalmente como:

El parentesco o el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar, es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, es decir, los afines, a la que habría que agregar al cónyuge, aunque no sea un pariente (Belluscio, 2007, pág. 5).

De aquí que este autor considere también que:

La familia es la célula vital de la sociedad, la cual es objeto prioritario del bien común y su fin existencial es proveer a sus miembros de los bienes corporales y espirituales necesarios para una ordenada vida cotidiana, la incorporación de los hijos y el ser

la cédula de la sociedad. Precisa también que en sentido restringido la familia comprende solo el núcleo paterno filial, denominado también familia conyugal o pequeña familia, es decir, “la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad, también conocida como familia nuclear” (Belluscio, 2007, pág. 5).

Se tiene también, que un sector mayoritario de la doctrina considera que dentro de la familia adquiere importancia el vínculo sanguíneo como elemento principal y que articula perfectamente el entroncamiento familiar, para luego llegar a considerarse que uno de los rasgos mas importantes dentro de la familia está dado por el principio de autoridad que existe en su interior, autoridad que ostenta quien es cabeza de la familia y establece así, los lineamientos de la vida familiar, qué se hace y no se hace dentro de ella, y esto tiene su origen en Roma, debidamente fundamentada bajo la figura del denominado *pater* y su poder amplio, omnímodo la del *pater familias*. Así, se distinguen dentro de esta tendencia los hermanos Mazeaud (1959), quienes consideraron que “la familia es un grupo de seres humanos conformado por varios sujetos vinculados por el afecto y la sangre que se encuentra sometido a la autoridad de los progenitores” (pág. 8).

Por su lado Planiol (1981), indica que:

Es el conjunto de personas que se encuentran unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción, vale decir, el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, bajo la misma dirección y con los recursos proporcionados por el jefe de la casa (pág. 225).

Sin embargo, la doctrina ha creado una tercera teoría, orientada a analizar a la familia en relación con los vínculos de afecto y solidaridad que también la caracterizan. Así, Lacruz (1979) considera que:

Perdida la fórmula de institución patriarcal, en nuestro tiempo, la familia pasa a la de una asociación igualitaria de varón y mujer para la crianza de los hijos, si los hay, y la convivencia en todo caso; es un grupo unido por vínculos de sangre y afecto que procrea, educa, prepara los alimentos, vive en común y cuyos miembros útiles contribuyen al sostenimiento de todos con el producto de su actividad (Lacruz, 1979, pág. 214).

Esta última teoría defendida por Lacruz, nos lleva a pensar en la idea del matrimonio como “asociación igualitaria”, donde no habría distinción, siguiendo una tendencia de igualdad de derechos y roles de cada integrante del matrimonio. Novedoso sin duda dicho planteamiento, ya que determina una igualdad defendida por años. Podemos entonces coincidir con Muñoz (2014), cuando expone que los elementos que

conforman la definición de familia tales como unión conyugal o parentesco, sometimiento, autoridad, solidaridad en las relaciones afectivas, elementos de los cuales, sin duda, la familia llega a nutrirse adecuadamente y de forma copulativa, buscando la permanencia y continuidad, como rasgo característico. De ahí que se puede afirmar que son muchos los elementos que definen a la familia, así que no se puede solamente considerarla como clásicamente hemos venido estudiándola, célula básica, institución, núcleo de la sociedad, entre otras. De hecho, el avance de la sociedad ha determinado también la mutación en su definición y elementos.

#### **4.4. ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA RELACIÓN FAMILIAR.**

Pasamos ahora a analizar los elementos que integran una relación familiar.

Según el análisis de algunas lecturas referidas al tema, tenemos que existe consenso en la doctrina, en cuanto a la existencia de los siguientes elementos:

- a) **Comunidad de personas:** Lo que entendemos como una diversidad con pluralidad de sujetos, donde se constata la existencia de dos seres humanos, donde la persona se refleja en su dimensión individual y manifiesta su proyecto de vida o proyección de vida,

entendida también desde la noción de seguridad y protección personal. En la relación familiar se habla de un ideario de vida compartido.

- b) **Affectio familiaris:** que está referido al afecto que induce a los miembros de la familia a ayudarse y colaborar entre si, a ser solidarios en base al vínculo que mantienen, ya que esto contribuye al desarrollo personal de sus integrantes. No hay que olvidar también que en la familia se funda en el amor, solidaridad y afecto, asimismo, permite la transmisión de valores de generación en generación.
- c) **Parentesco consanguíneo:** Está referido a que la familia nace por una relación de pareja unida por el amor, algo tan subjetivo que sin embargo goza de protección jurídica a pesar de ser un tema tan personal, el derecho tiene incidencia sobre éste, sobre una relación basada en el amor, que comparte a la vez un único proyecto afectivo y de vida en común, que no está solo ligada al vínculo consanguíneo, ya que como vemos, existe también la figura de la adopción que genera igualmente un vínculo familiar muy fuerte y donde también hay amor y afecto, tal como lo refiere Muñoz (2014).
- d) **Principio de autoridad:** establecido actualmente bajo las denominadas cuotas de poder que se asignan a sus integrantes o son distribuidas entre marido y mujer. También lo entendemos desde las atribuciones que le corresponde ejercer a cada miembro del grupo familiar, la cual puede ser compartida, siempre con los criterios

de respeto al otro, a la igualdad de género en boga hoy en día y al amor que finalmente no debe faltar en el seno familiar.

- e) **Residencia común:** es necesario compartir un mismo ambiente físico, vivir los integrantes en un mismo espacio físico, hecho que tendría raigambre muy antigua, además que permite esto que la familia sea una institución eficaz arraigada al hogar, siendo este un elemento determinante, sumada a ello la comunicación constante que vivir juntos permite, para alcanzar los fines queridos por las parejas y por el mismo Estado.

#### **4.5. FINES DE LA FAMILIA.**

Para analizar este tema en la presente investigación, es necesario referirnos a los fines que persigue toda institución familiar, los cuales han sido delimitados por la doctrina.

Para Díez Picazo (1990), los elementos esenciales de la familia serían:

El fin económico y de producción como fin, ya que en ella se utiliza la fuerza del trabajo de todos sus componentes, como una empresa o tarea productiva en beneficio del grupo; llega a considerar que la prole es una riqueza, ya que es más rico, según este autor, quien dispone de más brazos, haciendo alusión al criterio de las familias gregarias de antaño. Por lo que se considera que es un cauce de

conservación del poder económico y material, que el mismo ordenamiento jurídico trata de proteger y cautelar (Diez Picazo, 1990, pág. 34).

Otro aspecto importante es el fin social y cultural, considerándose que la institución familiar se ha entendido desde siempre como un mecanismo de inserción social del individuo, tal como considerara Diez Picazo (1990) como “vehículo de transmisión de pautas como de comportamiento, tradiciones, hábitos, usos y creencias, siendo un mecanismo de preparación del sujeto para su vida social y educación” (pág. 36).

A decir de Méndez (2006), “según el documento elaborado por las 40 ONG españolas, ella proporciona un hábitat armonioso y solidarios, donde cada ser humano nace, crece y es acompañado hasta su muerte, precisa y exclusivamente por ser de manera incondicional una irrepetible persona” (pág. 37).

Otra de las finalidades que se han tenido en cuenta por la doctrina es la finalidad política. La cual radica básicamente en la importancia del principio de autoridad que refleja el jefe de familia y que mayormente recae sobre el padre, en pocas culturas sobre la madre. No podemos soslayar que este grupo humano también viene sociológicamente unido con la idea de poder y también la posibilidad de que el jefe de familia tenga cierto control sobre su descendencia, característica muy influyente

que marcaría el destino de cada miembro del grupo familiar, ideas que para Méndez (2006) ya caerían en desuso por el intercambio de roles en la pareja y por el ejercicio conjunto de la autoridad. Posición que compartimos, ya que actualmente con la visibilidad aún mayor de la mujer, ella ha empezado a asumir el control de su propia familia, ya no necesita del marido o esposo que la domine y ejerza poder sobre ella, puesto que muchas familias tienen como jefe a la mujer, que es quien alimenta a su descendencia, la protege y cuida hasta el fin de sus días. Entonces, los roles familiares clásicos y tradicionales han ido cambiando, donde los hijos también parten más pronto fuera del hogar para independizarse e iniciar su propia familia, este llamado poder del jefe de familia no es tal, ahora existen muchas normas que protegen a los hijos de los abusos de poder de los padres, pauta que ha marcado también la evolución de la idea de familia en nuestros tiempos.

Muñoz (2014) considera que:

La importancia de la familia como estructura social nos permite analizarla como una agrupación biológica, sociológica y jurídica. Biológica considerando que se puede considerar a la familia como un organismo con profundo arraigo biológico que surge como consecuencia de los lazos de sangre que une a las personas descendientes las unas de las otras o de un autor común o como grupo humano primario natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre y mujer; consecuencia de los instintos

básicos de conservación y reproducción de la especie (págs. 94-96).

La agrupación sociológica se encuentra definida en función de que toda familia se integra en la sociedad y de ahí pasa a integrarse al Estado, siendo necesario que esto se promueva y proteja, ya que según Zannoni (1981), la concepción moderna de la familia vendría a ser:

... Un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación, dicho en otros términos, la familia se capta en la constitución de relaciones cuya base biológica-unión sexual y procreación constituyen objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de la cultura (pág. 3).

Otro tipo de configuración familiar, es la de la familia llamada reconstituida o ensamblada. Según Dutto (2006), “la familia reconstituida es la conformada por personas con hijos de otros matrimonios y las uniones de hecho hétero u homosexuales” (pág. 23).

Por otro lado, tenemos la familia nuclear, que es la conformada solamente por el padre, la madre y los hijos comunes. Esta a su vez se divide en nuclear simple, integrada por una pareja sin hijos y biparental o la conformada por el padre y la madre con uno o más hijos.

La familia monoparental, es otro tipo de estructura familiar cuya existencia se aprecia en la actualidad. Dutto (2006) considera que “familia monoparental es aquella cuando los hijos viven con uno solo de los padres por muerte, abandono, adopción o donación de óvulos o espermatozoides” (pág. 23). Concepto que consideramos moderno, ya que comprende un aspecto que aún no se regula en nuestro país, que es la llamada donación de óvulos o esperma.

Sobre la monoparentalidad, la doctrina considera que no debe ser reconocido socialmente el hecho de que por si misma, una sola persona (sea hombre o mujer) pueda constituir una familia, puesto que un elemento de la denominada familia es la pluralidad de sus integrantes, no entendiéndose que la familia sea de un solo integrantes, o sea, mamá o papá, por lo que resultaría contrario a la propia esencia de familia.

Dentro de otro ámbito, analizaremos el concepto que jurídicamente puede darse a la familia, echando una mirada a la amplia definición dada por Hernández-Sampelayo, et al (2005):

Podemos afirmar que la familia como realidad y como objeto de estudio, es un fenómeno universal, presente en cualquier tipo de sociedad, distinguiendo en sus elementos comunes la unión duradera de un varón, una mujer y sus hijos. Tanto su definición

esencial como su justificación social, se basan ineludiblemente en la familia natural, entendida de un modo integral, como un grupo primario de carácter comunitario, constituido materialmente por la residencia común, las relaciones de cooperación y la reproducción, y subjetivamente, por lazos afectivos basados en la sangre y en la alianza (Sampelayo et al, 2005, pág. 20)

Sin duda esta amplia definición nos ilustra adecuadamente sobre lo difícil que es conceptuar a la familia sin involucrarla con aspectos tan relevantes como la unión voluntaria entre dos personas unidas por el amor, que a pesar de que el autor precisa “unión de varón y mujer”, la respetamos por la clásica definición dada en los ordenamientos civiles incluido el nuestro; el arraigo que es tan digno de mencionar y la visión de grupo comunitario que la entendemos como la máxima proyección social que la ley le ha dado a la familia; también es menester completar este concepto dándole al Estado y a la sociedad la responsabilidad de regularla adecuadamente para el cumplimiento de sus funciones sociales y sobre todo para la sobrevivencia de la sociedad. Hoy en día vemos que existiendo familias ensambladas por ejemplo, aún en nuestro país no han sido reguladas, lo que evidencia una falencia del Estado ante una realidad social tan evidente, de que el incremento de divorcios ha llevado a muchas familias a “ensamblarse” a otras ya constituidas donde los hijos de uno y de otro lado, si los hubiere, se encuentran en total desamparo legal. Omisión que esperamos sea contemplada prontamente por la ley y por la

jurisprudencia. Así, la familia se erige también como la entidad que ejerce algunas funciones sociales que no pueden ser realizadas por otras instituciones, tal es el caso de la generación de relaciones fundamentales en la vida de sus integrantes como la formación en valores.

Partiendo de ello, citaremos a Zannoni (1981), para quien la familia “es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interindependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación” (pág. 45).

Para Díez-Picazo (1990), “son las normas de organización de las relaciones familiares básicas y las que resuelven los conflictos de intereses que dentro de esas relaciones se pueden plantear” (pág. 37).

Sin embargo, dentro del Derecho de Familia, ha surgido una discusión doctrinaria en razón a determinar si podría ser considerado como parte integrante del derecho público o privado, considerando algunos autores que es público, ya que la familia es un organismo que produce vínculos de carácter orgánico gozando de la interdependencia entre los individuos y su dependencia a un fin superior del Estado.

Siendo así, la estructura interna de la familia tiene un interés familiar, que no es individual, sino interés superior inserto en una relación de carácter orgánico, siendo clara la

injerencia del Estado en el ámbito familiar, el que aproxima a la familia a los entes públicos y justifica las limitaciones que sufre la libertad individual (Diez- Picazo, 1990, pág. 37).

No obstante, Diez-Picazo y Gullón (1990), no creen que sea posible alejar el derecho de familia fuera del contenido del derecho privado, esto a raíz de la influencia directa que se tiene del derecho público en su conformación, ya que la familia ha significado la plena realización y desarrollo personal e individual de cada uno de sus integrantes, acotando también que esto no es óbice para que los intereses familiares puedan ser objeto de tutela pública, mediante los mecanismos legales que establecen los poderes del Estado. Es decir, le abre paso a la intervención estatal por razones válidamente justificadas: la protección legal que merece esta institución para su fortalecimiento.

Vemos, de la revisión de bibliografía especializada, que la doctrina mayoritaria se inclina por la posición de Diez-Picazo, tal es así que algunos autores consideran que en la familia es donde se dan la mayoría de las relaciones jurídicas entre personas consanguíneas, en tanto el derecho público el Estado pasa a ser parte de la relación jurídica y donde la familia solo puede considerar al Estado de forma exterior, cuya participación no es inmediata, solamente regulatoria, de reconocimiento desde su nacimiento, evolución o desarrollo como familia y extinción,

siendo así el Estado el encargo de la guarda y protección en otro ámbito (Muñoz, 2014).

#### **4.6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA.**

Para analizar la naturaleza jurídica de una institución tan compleja, recurriremos a cuatro autores reconocidos y especialistas en el tema: Belluscio, Méndez, Valverde y Ramos, quienes, entre otros, reconocen la existencia de tres tesis:

##### **A) La familia como persona jurídica:**

Esta teoría ha venido sosteniendo de forma recurrente que la familia viene a ser un “ente autónomo”, y bajo esa autonomía pasaremos a analizarla, entendiendo que los autores referidos utilizan esta denominación para dar una explicación desde el punto de vista de considerarlo como titular de derechos y obligaciones; sin embargo, con derechos y obligaciones distinto e independiente de cada uno de sus miembros.

Esta tesis fue desarrollada por René Savatier, profesor de la Universidad de Poitiers en Francia, hace dos siglos, citada por Méndez (2014).

Savatier sostiene en sus múltiples elocuciones, que la familia es una identidad o persona moral, comparándolo con una persona jurídica, haciendo especial énfasis en los derechos de carácter extra patrimonial como el nombre patronímico, el título nobiliario, el honor; y patrimoniales como los bienes familiares, matrimoniales, el sepulcro familiar y las reservas hereditarias, entre otros (Muñoz, 2014). Esta tesis no ha prosperado y en la actualidad ha sido rechazada por otros autores como Castán Tobeñas, Lacruz, Albaladejo, Mazeaud, Ripert, Belluscio, quienes consideran que el derecho de familia se estructura sobre las bases de la persona en su faceta personal o individual y no como persona jurídica.

B) **La familia como organismo:** esta tesis, según Belluscio (2007), nos plantea que: “La familia es un organismo jurídico, es como un agregado de formación natural y necesaria; se coloca junto al Estado, pero es anterior y superior a éste, con lo cual no es una persona sino un organismo jurídico” (pág. 10). Se atribuye esto a que los integrantes de la familia no gozan de normas o derechos individuales sino mas bien gozan de lazos o vínculos que de manera recíproca generan una relación estrecha de interdependencia entre sus miembros, al encontrarse subordinados a una finalidad de rango elevado y superior que le atribuye determinadas labores o funciones para cada uno de sus integrantes de manera interdependiente y subordinada siempre. Rasgo muy propio aún en la actualidad, ya que siempre se ha

priorizado a la familia en todos los entornos sociales, si una persona provenía por ejemplo, de una familia adinerada, era vista en mejor forma por toda la colectividad, había un derecho implícito en la conformación de las familias de mayor clase social; esto no es una novedad.

Esta tesis no ha tenido mucha aceptación, según Méndez (2006):

Por considerarse que el paralelismo entre el organismo estatal y el familiar conducen a una abstracción de la familia en la cual los poderes se deshumanizan, lo que es inadecuado ante un hecho social tan concreto y tangible como la familia ( pág. 32-33).

C) **La familia como institución:** esta teoría fue iniciada en Francia por Maurice Hauriou.

Según Hauriou, citado por Belluscio (2007) para quien la familia es una institución y justamente recalca la figura de institución, al no depender de la voluntad subjetiva de personas determinadas, es decir, este autor considera que es un estado en particular que no puede ser eliminado o destruido ni siquiera por la legislación.

Prélot, citado por Belluscio (2007) precisa que la familia: “como institución es una colectividad humana organizada, en el cual las diversas actividades individuales, compenetradas en una idea directora, se hallan sometidas para la realización de esta, a una autoridad y a las reglas sociales” (pág. 10).

Para Puig (1976), “la familia es ante todo una institución que, asentada sobre el matrimonio enlaza en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes” (pág. 18). Aquí Puig resalta el amor que debe unir a los cónyuges para formar la familia, sin separarla de los lazos de autoridad y respeto; remarcando que el individuo se forma en el hogar, en la familia y en la proyección social que esta tenga; en la familia, para este autor, se forjan las bases de nuestros valores y principios fundamentales.

Fueyo (1959), aclarando un poco el dilema sobre la institucionalización de la familia, señala que “la familia es una institución basada en el matrimonio, que vincula a cónyuges y descendientes bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana” (pág. 28).

Por su lado, Puig Brutau (1991) indica que “..... la familia ocupa un hogar y se rige por una sola economía doméstica y es la institución que permite la procreación, educar a los hijos y transmitir la propiedad” (pág. 40). Esta concepción del autor, le asigna a la familia un matiz

más económico y reproductivo, así como de orden patrimonial, al considerarlo como un medio para la transmisión de la propiedad, visión sin duda materialista y pragmática, que algunos autores no han reconocido la relación que existe entre la familia y los bienes, a los cuales se accede mediante el derecho sucesorio, palabras o verbos tan puntuales y valiosos cada uno, como: procrear, educar y transmitir, resulta interesante la propuesta.

Diez Picazo (1990), afirma que “la familia no solo es una institución social, sino también jurídica, dado que se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal” (pág. 38). Este autor por otro lado, nos brinda un enfoque diferente de familia, la conceptúa desde el ámbito jurídico, sin descuidar que esta debe organizarse dentro del Estado a través de las leyes que la reconozcan como tal.

Por otro lado, el chileno Corral (2005), nos presenta una definición bastante completa sobre la familia que es digna de reseñar textualmente:

Familia es aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas,

adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente (pág. 32).

Por nuestra parte, finalizamos este tema con el peruano Yuri Vega Mere (2009), quien define a la familia precisando que:

....es un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a los largo de nuestros años... es un ambiente de recogimiento, de experiencias domésticas que deliberadamente se esconde de la mirada de los demás (pág. 41).

La definición de Vega incide sobre varios aspectos que considero muy importantes en la configuración de esta institución como la familia, tales como el ambiente de solidaridad, los proyectos de vida, el recogimiento, experiencias domésticas, términos que parecerían subjetivos pero que en la realidad de las cosas, terminan por dotar a la definición de un cariz más sensible y humano poco visto en otras definiciones. La familia es eso, es unión, solidaridad, respeto, tradición, cultura, educación, valores, sentimientos, sobre todo sentimientos.

## **CAPITULO V**

### **EL MATRIMONIO**

La sociedad ha ideado el matrimonio como un acto importante en la vida de todo ser humano, del cual dependía la estabilidad de la familia. Se manejaba bajo el criterio de que la unión es perpetua, para siempre, o mientras dure el amor, y como una manifestación voluntaria de sentimientos y responsabilidades conjuntas asumidas siempre en pareja, donde primaba el deseo de querer hacer suyos los efectos o las consecuencias que nacen del matrimonio. Esto podría ser corroborado con el tratamiento religioso que se le dio en las culturas más antiguas de nuestra historia, como vimos, el patriarcado, luego el matriarcado; la consideración de que el matrimonio religioso era indisoluble, perpetuo también, protegido por las leyes de Dios. Dentro de esta perspectiva ideológica, es que se determinaron las regulaciones acerca del matrimonio, obedeciendo a las características de cada pueblo, de cada sociedad y de cada Estado en particular. Sin embargo, la noción del matrimonio como institución jurídica regulada por el Estado, estuvo influenciada desde siempre por la autonomía privada, por el elemento volitivo querido por los sujetos que intervienen en la relación, más por los designios del Estado ni de Dios. En tal sentido, si voluntariamente decido casarme, por qué no puedo voluntariamente y sin razones divorciarme, por qué los mecanismos establecidos por la ley para acceder al divorcio vienen siendo obsoletos y pasados de moda, por qué son tan agraviantes que debo exhibir mi vida

privada para conseguir su disolución, si se deben sacrificar a los hijos y hasta qué punto debe sacrificarse una persona viviendo con alguien que ya no ama. Preguntas que sin duda muchos nos hemos hecho en alguna ocasión, al analizar las consecuencias de un matrimonio frustrado, sin posibilidades de seguir adelante con la unión voluntaria. Este viene a ser el tema central de nuestra investigación, el determinar por qué tenemos tantas causales de divorcio tan inciertas, tan difíciles de probar, tan complejo el procedimiento judicial, si podemos acudir a la figura del divorcio incausado como medio de protección a los integrantes de nuestra familia y sobre todo como punto final del matrimonio. ¿Es el matrimonio una construcción social?, nos preguntamos esto porque muchas parejas ya no optan por ella, prefieren vivir en uniones convivenciales que consideran más llevaderas, más abiertas, más fáciles de disolver. ¿Es necesario que el Estado preserve tanto al matrimonio? ¿Acaso no estamos frente a un exceso de paternalismo estatal cuando vemos tanta injerencia de las instituciones públicas como el Poder Judicial, que no tiene reparos en denegar el divorcio luego de largos años de proceso? Donde las familias ya destruidas viven bajos sus escombros, esperando que finalmente se destruya el papel que contiene el matrimonio porque en los hechos ya nada más los une como cónyuges. Preguntas que sin duda no tienen respuesta hasta ahora.

Antes de entrar a nuestro tema de fondo, evaluaremos en este capítulo la figura del matrimonio.

## 5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Un punto importante para marcar la historia o la génesis del matrimonio, se da con el estudio de la desigualdad que siempre ha existido entre el hombre y la mujer en todos nuestros tiempos, con mayor o menor grado en uno y en otro, pero siempre presente; donde la mujer ha sido sometida por su propia condición femenina, sin posibilidades de expresarse libremente, de elegir, de amar, ni de sentir. Siendo así, podemos apreciar que, al inicio de la historia, entre los seres humanos existieron las relaciones promiscuas en su mayoría, donde no existieron las ideas de igualdad en las relaciones conyugales y dentro del matrimonio. Sin embargo, sabemos que desde muy antiguo, la unión del hombre con la mujer ha sido algo innato, históricamente el hombre se ha unido a una o varias mujeres según su cultura, existiendo en consecuencia el matrimonio tipo monogámico o poligámico, siendo la poligamia una práctica sistemática y común en la sociedad, ya que el matrimonio monógamo no ha predominado en las sociedades humanas y es que se considera que la monogamia no está presente en la naturaleza del hombre, siendo esto demostrado por las formas de vida de cada cultura, en diferentes tipos de sociedades, ni que decir en nuestra sociedad actual, es tan común como el hombre mismo. Posteriormente, en las sociedades modernas, por razones de índole moral, ético-religiosas y económicas, se dio lugar al matrimonio monógamo.

El matrimonio tiene marcado su inicio, según Belluscio (2007) por la forma según se trate de un rapto, por compra o por consentimiento de los contrayentes.

Siendo el matrimonio una institución tan antigua, para Varsi (2004),

Sociológicamente es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley y para el derecho, el matrimonio es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos; refiere también que para la sexología, el matrimonio es el ejercicio legítimo de los genitales (pág. 6).

Varsi nos presenta muchas definiciones en sus libros, de los cuales hemos rescatado la del enfoque sociológico antes que el jurídico, ya que entender que el matrimonio nos lleva a “institucionalizar” la relación de pareja, resulta exagerado, ya que consideramos que no se necesita institucionalizar una unión basada en el amor; de lo contrario hablaríamos que necesitamos institucionalizar también los compromisos pre matrimoniales o los esponsales, que sólo generan el reconocimiento en caso de incumplimiento y posterior indemnización si hubieran daños. Por ello, consideramos que la única forma de institucionalizar una familia, no es por el matrimonio, sino por la constatación del estado de familia, del hecho de vida familiar, de comunión entre sus

integrantes y nada más. La familia actual, real, ha superado la definición de muchos autores que insisten en su configuración legal a través del matrimonio.

Para Corral (2005),

La familia es una institución cuya fundación se realiza por medio del matrimonio, acto que, estando regulado por leyes naturales, si bien es celebrado libremente por los contrayentes, se rige por normas que no son determinadas por estos, sino que trascienden su voluntad (pág. 48).

La definición de Corral va por el mismo camino, que institucionaliza recién la familia con el matrimonio, nada más alejado de la realidad. Estas concepciones se quedaron en el tiempo, por los mismos fundamentos que explicamos en la definición de Varsi. Entonces, afirmaríamos, siguiendo estas definiciones que ¿si un matrimonio se disuelve deja de existir la familia?, pues claro que no, porque el entroncamiento familiar con los hijos subsiste, entonces debemos dejar de pensar en que la familia es una institución a la que se accede por medio del matrimonio, por obsoleta. Ya no tendría razón de ser toda la doctrina que considera al matrimonio como principio y fin de una institución tan antigua como el hombre mismo. Entonces, nos pregunta a dónde vamos con el tema de familia y matrimonio, a un declive como institución, consideramos que no, vamos a la lucha por su fortalecimiento a través de leyes que reconozcan otras formas de reconocimiento familiar (familias ensambladas) y que permitan el acceso al divorcio sin culpables ni víctimas, ni inocentes.

Pasaremos ahora a analizar algunas sociedades que regularon el matrimonio durante la historia, para luego centrarnos en los aspectos más importantes de esta investigación.

## **5.2. EL MATRIMONIO EN LA SOCIEDAD ROMANA**

Nos toca ahora realizar un breve análisis sobre la evolución del matrimonio en la sociedad romana, acercándonos a sus características con fines comparativos, ya que la historia nos ayuda a tener una idea de la evolución que ha sufrido esta institución con el transcurso del tiempo y que ahora luce devastada por el alto índice de divorcios que están dando paso a otras concepciones sobre ella.

Pasamos a citar lo que dicen algunos autores.

Según Petit (2007):

En el Digesto la institución matrimonial se entendía como la unión del varón y la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano; en tanto Justiniano lo enseñaba como la unión del varón y la hembra que comprende el comercio indivisible de la vida (Petit, 2007, pág. 124).

Según algunos autores, el matrimonio en Roma fue entendido más como un aspecto económico o patrimonial, un hecho social sin mucha relevancia ni importancia jurídica. Nos basta leer la definición de Petit, tan conveniente para las relaciones jurídicas patrimoniales por el intercambio de bienes que existían en ese tiempo, basta mencionar la dote matrimonial que se entregaba como consecuencia de las nupcias.

Cabe resaltar que, en el matrimonio, era muy importante preservar el factor permanencia, la unión con intención inmanente en el estado de marido y mujer, lo que, según Muñoz, “conviniere en llamarlo *affectio maritalis*; donde existió entonces un elemento objetivo llamado convivencia y otro subjetivo denominado intención de permanencia” (Muñoz, 2014, pág. 31). Esa intención de permanencia que data, como dijimos, de la época del Derecho Romano antiguo sigue vigente en nuestro país, con las normas que regulan el divorcio actualmente, cerradas, obligatorias, sin flexibilidad para su acceso, que obliga a la convivencia sin afecto.

Así, en Roma, para contraer matrimonio solo se requería la aptitud biológica (catorce años para hombres y doce para las mujeres) y la legal (libertad y ciudadanía). Existían también los impedimentos para celebrar el matrimonio, conocidos algunos de ellos como absolutos, encontrándose dentro de ellos el hecho de la vigencia del matrimonio anterior, o bien la situación de esclavitud de un cónyuge, la de los castrados o esterilizados y los sujetos a votos de castidad.

Como vemos, la edad para el matrimonio empezaba muy temprano, ya que una mujer de doce años es casi una niña (Petit, 2007). Los relativos eran el parentesco, razones morales o éticas y por motivos de interés público y privado.

Más adelante, fue el derecho canónico, el que asumió el papel preponderante de revalorar o “recuperar” la institución matrimonial, por medio de la imposición de normas rígidas de tipo moral, de rechazo al divorcio, de una supuesta dignificación de la mujer. Para Montero (1984),

... la iglesia le dio tanta importancia al matrimonio que lo elevó a la categoría de sacramento, ya en este matrimonio se reconoce que es consensual por excelencia, ya que son los propios contrayentes quienes manifiestan su voluntad de unirse en matrimonio y el sacerdote se convierte en un testigo solamente; este matrimonio tiene como característica esencial que es indisoluble y constituye un sacramento (pág. 107).

Como vemos, el matrimonio reflejado en la historia, ha estado plagado de diversas formalidades a manera de rituales, con un marcado criterio religioso, al llevar inmersa la obligación de una celebración ceremonial de acuerdo a los patrones culturales de la época; de ahí que el matrimonio, sea un acto jurídico solemne a través de los tiempos e inclusive en la actualidad.

### 5.3. DEFINICIÓN

Buscando una definición que se ajuste a nuestra realidad, tomamos nuevamente la del Dr. Varsi (2004), para quien el matrimonio es tan antiguo como el propio hombre. Le atribuye una connotación sociológica al indicar que es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley. Celebrado el matrimonio, para este autor, surgiría la relación jurídica matrimonial subjetiva casi de manera inmediata, atribuyéndole o dotándola de amplios derechos, atributos, deberes y obligaciones que nacen por el solo hecho de su celebración, de obligatorio cumplimiento entre los cónyuges.

Sin embargo para Aguilar (2017), “ ....por el hecho del matrimonio hombre y mujer unen sus vidas para realizar un proyecto de vida en común” (pág. 13), considerando el autor que el matrimonio da lugar a una sociedad conyugal con deberes y derechos recíprocos y para su descendencia producto de ésta unión. Respecto del matrimonio, Cornejo Chávez, citado por Arias Schreiber (2002), sostiene que un sector de la doctrina enfoca la atención del matrimonio hacia el fin sexual y otro, lo aprecia desde la cooperación o mutua ayuda de los esposos desenvolviéndose en una comunidad de vida infranqueable.

Consideramos que ambas posiciones pueden ser tomadas como ciertas dentro de la vida matrimonial, ya que la una y la otra pueden concurrir en un matrimonio. Sin embargo, muchos otros autores consideran que los fines del

matrimonio son justamente la procreación, a la cual se llega por la unión sexual y otro por el mutuo apoyo o auxilio entre los cónyuges. Ambas válidas.

#### **5.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO**

Para explicar la naturaleza jurídica del matrimonio, se han llegado a establecer por la doctrina algunas teorías que tratan de fundamentarla. Veremos las principales o las que más han resaltado por su aporte.

Dentro de ello tenemos que, la teoría más aceptada en su momento, fue sin duda la del **matrimonio como contrato**, ya que a todas luces el matrimonio cuenta con todos los elementos propios de una relación contractual, fundamentada básicamente en la autonomía de la voluntad y en el hecho de la existencia de obligaciones y derechos recíprocos; además se sumaba el criterio de que una vez celebrado el matrimonio, no podía resolverse unilateralmente. Y para mayor abundancia, dentro del matrimonio existen bienes o una comunidad de bienes que determinan su régimen patrimonial, en consecuencia es válido considerarlo un contrato. Esta teoría fue recogida por varias legislaciones, pero también fue cuestionada por cuanto los contratos solo tienen un aspecto patrimonial y no personal por no afectar la personalidad de las partes y porque la voluntad emana de un proceso racional y no sentimental, no compromete sentimientos ni el amor.

Por otro lado, surgió la teoría del **matrimonio – institución**, justificada como la existencia de un organismo reflejado en preceptos que tienen como destino ineludible la relación de la sociedad conyugal y sus efectos y consecuencias (Arias Schreiber, 2004).

Para Arias Schreiber (2004):

Una vez que la pareja ha logrado establecer una relación sincera basada en la igualdad y en el respeto, cuando exista una comunicación fluida y confiable, cuando el afecto sea el denominador común, cuando las responsabilidades sean compartidas con el mayor desprendimiento y entrega, allí entonces se puede asegurar que existe una unión profunda y sólida, capaz de enfrentarse a todas las adversidades de la vida y a compartir sus momentos felices, entonces se puede decir que estamos en presencia de un matrimonio abierto y destinado a perdurar hasta que la muerte le ponga fin , sin desconocer que después de ella también se producen efectos en funciones del ejemplo y de los gratos e inolvidables recuerdos (pág. 46).

El maestro Arias Schreiber nos habla de una unión estable cuando confluyen la igualdad, el respeto, de responsabilidades compartidas, de desprendimiento, entrega y todas esas cualidades sin duda maravillosas del matrimonio que

definitivamente cuando se pierden también pierde sentido la institución que noblemente las cobija.

Vemos así que el matrimonio fue entendido como acto consensual en Roma, basándola en una situación de hecho, existente solamente si existía el consentimiento mutuo o *affectio maritalis* . Se sabe también que en sus inicios no existía ningún tipo de formalismos para su celebración y este era un tipo de consentimiento que tenía que perdurar mientras dure la relación, o sea, se exigía el consentimiento continuo.

Seguidamente, nos avocaremos en el siguiente capítulo al estudio del divorcio, precisando que no hemos abarcado toda la evolución histórica del matrimonio como tal, ya que sólo hemos resaltado los aspectos históricos que son afines a nuestra investigación.

## CAPITULO VI

### EL DIVORCIO

El divorcio viene a constituir la disolución o extinción del vínculo matrimonial por causas surgidas con posterioridad a la celebración del matrimonio. En nuestro país, el divorcio solo puede demandarse por causas previamente establecidas en la ley, recurriendo al juez competente y cumpliendo severos requisitos que lleven a probar la existencia de la causal que se invoca. Al enfocar este tema debemos decir que existen corrientes divorcistas y otras anti divorcio, ambas perspectivas se manejan con criterios fundados en razones quizá objetivas para unos y no para otros, pero que sin embargo reflejan posiciones bien marcadas y fundamentadas, la mayoría orientada a que el divorcio en su concepción actual debe optar por un cambio de perspectiva en la imagen del divorcio en sí misma, dejando de lado la visión del divorcio con grandes culpas o cargos de conciencia para dar paso a un divorcio más saludable que dañino, para pasar del divorcio “*express*” y dar lugar al llamado divorcio “*light*” (término recién usado en esta tesis), con acuerdo de los cónyuges y por la sola y simple voluntad de ambos o de alguno de ellos. Este cambio de perspectiva ya viene reflejado en muchas legislaciones del mundo, que admiten sin problemas el divorcio unilateral, conocida como “repudio” antiguamente, pero sin las sanciones propias del derecho romano clásico, sino como una salida saludable y armónica para disolver el vínculo, antiguo disoluble. Hoy, el Estado moderno debe valorar la autonomía privada, la

voluntad del individuo, de la pareja, junto al criterio de igualdad entre hombre y mujer, propendiendo a abdicar la idea de someter a los matrimonios a una disciplina absurda de convivencia obligada y maltratada por el tiempo y por el excesivo formalismo que no hace más que liquidar la armonía que puede quedar aún presente entre sus integrantes.

Siendo así, tenemos algunas definiciones del divorcio que hemos considerado más resaltantes. Para Gómez y Weisz (2005), por ejemplo:

El divorcio constituye una experiencia dolorosa y muy costosa para todos los miembros de la familia desde cualquier punto de vista, para dicho autor, los hijos sufren las consecuencias de un hecho que ellos no decidieron como lo son: los cambios de horarios, de rutinas, cambios de escuela, de domicilio, de amigos, de vecinos, adaptación a nuevos estilos de vida con padres separados, afrontan además las presiones de los padres, se convierte en “palomas mensajeras” de los padres, en testigos silenciosos, etc. Los cónyuges también sufren las consecuencias de dicha ruptura, existiendo siempre uno de ellos que toma la decisión del divorcio y el otro que tiene que aceptarlo y sufrirlo (pág. 103).

Compartimos este comentario de Gómez y Weisz, dada en un contexto real, que refleja las consecuencias propias del divorcio en los integrantes de la familia. Hechos tan penosos que podrían solucionarse de manera madura y

responsable, ya que el problema es de los padres, sin tener que afectar esto a los hijos. Ocurre que no estamos preparados nunca para ser padres, mucho menos para ser esposos y para luego llegar a asumir un divorcio. Dicho esto, daremos una mirada a los antecedentes históricos del divorcio.

## **6.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO**

El divorcio se dio como un proceso largo y lento durante el transcurso del tiempo, donde cada pueblo estableció sus principios normativos, ya sean religiosos o económicos, políticos o sociales. Por lo general, hemos visto, que el matrimonio se consideraba indisoluble, dejándose sólo la fatal iniciativa de disolución al hombre, como atribución exclusiva. Así lo considera Lagomarsino (1992) “La mujer estaba reducida en la antigüedad a la categoría de una cosa, apropiada por el hombre mediante la violencia, luego mediante la compra” (pág. 916); visto así, la situación de la mujer era de una total dependencia hacia el hombre, lo que le impedía tomar decisiones por ella misma en todos los ámbitos de su vida.

Se sabe que en el antiguo Egipto “se pasó de la indisolubilidad del matrimonio al repudio fundado en causa grave, siendo esta una facultad otorgada primero al marido, luego a la mujer” (Martínez, 2009, pág. 37). Importante avance que se dio en esa época, lo que viene a constituirse en un

Siguiendo a Martínez (2009), quien considera que, en Babilonia, las leyes primitivas otorgaron al marido el derecho de repudiar libremente a su esposa, concepción muy parecida al posterior criterio de los Romanos. Considerando también este autor, que el Código de Hammurabi determinó las causales para ese repudio, indicando que, a falta de causas, igual podía el marido podía repudiar a su cónyuge, debiendo éste sólo pagarle una indemnización, criterio que podría marcar el inicio del derecho indemnizatorio en el mundo.

Se sabe también que en la India, las Leyes de Manú conferían al marido un derecho de repudio ilimitado, mas no podía repudiar la mujer al marido; y si la mujer era abandonada, lo único que podía hacer era salir en la búsqueda de su esposo (Martínez, et al, 2009, pág. 37).

En la sociedad China, el “derecho de repudio del marido era casi ilimitado al existir muchas causales, entre ellas la falta de sumisión a los parientes del marido, la esterilidad, impudicia, los celos, la enfermedad crónica, robo, entre otros” (Martínez, et al, 2009, pág. 37). Bastante estrictos con el repudio los chinos, que son actualmente una sociedad bastante avanzada en tecnología, educación, cultura y derechos, pues dependiendo la tendencia política.

En Grecia, Atenas:

El derecho del marido era absoluto, solo limitado por la obligación de devolver inmediatamente la dote de la mujer. Y la mujer a su vez podía pedir el divorcio por crueldad o excesos del marido, pero no podía salir del hogar y recurrir a entablar demanda por la dificultad de la prueba o porque los hijos quedaban con el marido (Martínez, et al, 2009, pág. 38).

En Roma, como vimos, podemos afirmar que el matrimonio era consensual y, asimismo, tal como se constituía también podría ser disuelto, con el solo hecho de la ausencia de la "*affectio maritalis*" (Martínez, et al, 2009).

En los hebreos, el derecho de repudio fue limitado por disposición del libro del Pentateuco, en el Deuteronomio se expresaba que cuando un hombre tomara mujer y se casara con ella, y luego no le agradaba por haber encontrado en ella alguna cosa torpe, le escribía una carta de repudio y se le entregaba en su mano, despidiéndola de su casa. Los efectos eran que la mujer quedaba libre y podía casarse nuevamente (Antiguo Testamento).

Para Lagomarsino (1992), "al hablar en la ley de una "cosa torpe" descubierta o hallada en la mujer, se produjo la duda sobre si la causa

podía ser libremente apreciada por el esposo que repudiaba o debía estar justificada debidamente” (pág. 918).

En el Derecho Romano, el matrimonio se podía disolver por muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad y por la pérdida de la *“affectio maritalis”* por cualquiera de los cónyuges y esto provocaba la disolución del matrimonio por divorcio. La pérdida de la capacidad tenía lugar por la *cappitis deminutio máxima*, ya sea por convertirse en esclavo, ser condenado a servidumbre o caer en poder del enemigo y también por el incesto sobreviniente, especialmente en el caso de adopción de la esposa por el suegro. El divorcio como vemos, no podía ser prohibido por la ley, tal es así que cuando los emperadores cristianos se propusieron en limitarlo, sólo pudieron establecer sanciones para quienes optaran por el divorcio o para quienes dieran causa al divorcio, sin que por ello se pudiera impedir que el matrimonio se disuelva por divorcio (Lagomarsino, 1992, pág.927).

En el derecho romano es donde se han dado las principales instituciones jurídicas que rigen en la mayoría de las legislaciones del mundo entero. De ahí que la institución del matrimonio también lo heredamos de ellos, tal como la relata Lagomarsino, siendo el divorcio también creación romanística se impuso como opción para la disolución del vínculo en casos específicos y sólo se limitaron a establecer un régimen de

sanciones más que de prohibiciones o causales para su consecución. En tal sentido, resulta totalmente paradójico que ahora en las legislaciones actuales, se haya limitada el acceso al divorcio unilateral, dejándolo librado a la suerte del solicitante y al arbitrio de un poder del Estado.

Asimismo, en relación a lo comentado, Lagomarsino (1992) precisa que

Los jurisconsultos se resistieron a admitir que el matrimonio perdurase por el incumplimiento de esa formalidad, siendo al principio el divorcio una práctica rara en el pueblo romano, pero con el contacto con la civilización griega, motivó el cambio de las costumbres primitivas y el debilitamiento de la organización familiar y de la estabilidad del matrimonio (pág. 932).

Ya vemos en esta última reseña de Lagomarsino, que con el tiempo y la evolución de las ideas en Roma, se dio paso al divorcio cuando el matrimonio se encontraba debilitado. Por otro lado, Gómez (1992), considera que existieron hasta cuatro tipos de divorcio, los mismos que fueron aplicados en la época del emperador Justiniano:

- A) El divorcio *ex causa justa*, era el que se daba por culpa de uno de los cónyuges, siendo la causa o motivo el señalado en la ley.

- B) *Divortium sine causa*, o divorcio unilateral, sin existencia de alguna causa legal;
- C) *Divortium communi consensus*, o por mutuo acuerdo; y
- D) *Divortium bona gratis*, o por causa no proveniente del otro cónyuge, considerándose dentro de esta causa al caso de una enfermedad grave e incurable, relacionado con la locura, también el voto de castidad, la llamada cautividad de guerra, entre otros (pág. 110).

Como pudimos apreciar, existió en la antigüedad el divorcio unilateral o sine causa, desde la época del emperador Justiniano, lo que ratifica nuestra hipótesis que contempla la posibilidad de la existencia de un divorcio unilateral e incausado en nuestro ordenamiento civil. En tal sentido, ratificamos lo manifestado por Martínez, et al (2009), cuando afirma que:

Siempre existió la posibilidad del divorcio incausado o *sine causa*, y vemos también que el concepto del “repudio” fue el que dio paso luego a la denominación de “divorcio”, para posteriormente apreciar que el cristianismo tuvo una notable influencia sobre el derecho matrimonial y especialmente sobre la disolución del matrimonio, al elevarlo a la categoría de sacramento perpetuo. Siendo así, todos los estados donde la iglesia influía se apartaron de los esquemas divorcistas de la antigüedad (pág. 44).

Sin embargo, mientras la iglesia católica adoptaba la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, se dice que Calvino y Lutero originan la reforma protestante, en la que declaraban falso y negaban el carácter sacramental del matrimonio, hecho que significó darle un tratamiento distinto, diferente al planteado por la iglesia católica; considerándose a éste como un simple contrato que permitía su disolución cuando las partes lo quisieran. Así, con Lutero a la cabeza, se incorporó el concepto de matrimonio como contrato, teoría en la que se apoyaron los franceses para incorporar a la legislación dicho criterio (Martínez, et al, 2009, pág. 45 – 46).

Para Gómez Piedrahita (1992):

El divorcio ha sido regulado a lo largo de la historia humana de diferentes maneras, en atención a los principios normativos de cada pueblo y así tenemos que el Código de Hammurabi permitía el divorcio tanto al hombre como a la mujer por causas específicas. En la India en los Libros Sagrados, Código de Manu, se permitía la anulación del matrimonio y el repudio. En el antiguo Egipto y en Persia existió también el repudio. En la época faraónica y por ser considerado el matrimonio un contrato social, que contenía deberes y obligaciones, podía disolverse por quien

incumplía esas obligaciones, sin mayores solemnidades (pág. 109).

Finalmente, con esta apreciación hecha por Gómez Piedrahita, tenemos que el divorcio siempre ha existido en todas las tradiciones jurídicas y en diversas etapas de nuestra historia, sólo que la posibilidad de regulación dependió del sistema político y social imperante en cada época. Fue el Estado el regular por antonomasia de las normas jurídicas que debían respetar los ciudadanos, de ahí que si el aparato estatal juega un rol preponderante en la vida de la comunidad; optar por el divorcio unilateral e incausado es una posibilidad que ayudaría a muchas personas a tener una mirada diferente del matrimonio y contribuiría a la paz social.

## **6.2. CLASES DE DIVORCIO.**

Analizaremos en esta parte, la clasificación del divorcio que ha esbozado la doctrina tanto nacional como extranjera.

### **1. El divorcio repudio.**

Como ya vimos, existió en las sociedades más primitivas, bajo los sistemas legislativos reseñados y que correspondieron a la etapa antigua. Actualmente, en algunas legislaciones islámicas existe tal posibilidad, consagrando la potestad marital en forma absoluta ya que solo el marido podía ejercer ese derecho. En nuestros tiempos

actuales debería existir la posibilidad de que la mujer haga lo mismo (Gómez, 1992).

## **2. El divorcio unilateral**

Donde cada cónyuge tiene la voluntad o la “plena libertad de dejar sin efecto el vínculo matrimonial .... una especie de divorcio repudio a favor de cualquiera de los cónyuges, practicado por el pueblo romano, cuando obtenían el divorcio y cesaba la  *affectio maritalis*, sin necesidad de proceso especial alguno” (Barbero, 2005, pág. 39). Una especie de divorcio repudio pero que no lo es, ya que prima básicamente la autonomía de la voluntad, el proceso sería bastante célere.

## **3. Divorcio por mutuo acuerdo**

Fue producto de la “concepción contractualista del matrimonio, ya que, al realizarse el contrato matrimonial, era lógico que se pueda dejar sin efecto, siendo permitido en Francia desde 1975 y en las legislaciones nórdicas y las inglesas” (Gómez, 1992, pág. 116).

Para Barbero (2005), es el “llamado divorcio consensual, se caracteriza por asimilar el matrimonio a los contratos, admitiendo su rescisión por mutuo consentimiento” (pág. 39).

Esta figura ya existe en nuestro ordenamiento, sus efectos han sido favorables, lo que equivale a decir, que el matrimonio tiene un fin contractual o sólo legal.

#### **4. Divorcio sanción**

Para Zannoni (1981),

El divorcio sanción se da cuando las leyes establecen parámetros de conducta mínimos entre los cónyuges con el equilibrio de los deberes y obligaciones familiares. Cuando alguno de los cónyuges viola estas líneas de conducta mínimas, la sanción es el rompimiento del vínculo a petición del cónyuge inocente, para lo cual la ley establece las causales específicas que valorará legalmente el juez según la prueba aportada” (pág. 13).

“En síntesis, consideraba este autor que la sentencia de divorcio exige la prueba de la culpa de uno o ambos cónyuges, y por eso mismo, el divorcio implica una sanción contra el culpable” (Martínez, et al, 2009, pág. 48).

Figura considerada desproporcionada, ya que el divorcio no debía verse como un castigo, sino más bien como un paso a la tranquilidad en ocasiones turbada por una mala relación de pareja.

## **5. Divorcio remedio**

Surgió principalmente como una reacción afortunada frente a la dicotomía matrimonio acto y matrimonio como estado, entendida esta como su naturaleza jurídica y referida básicamente a la intolerancia o al nivel de deterioro de la relación matrimonial que haga insoportable la vida en común, pudiéndose demandar el divorcio por el incumplimiento de deberes matrimoniales, por conducta inadecuada o que perjudiquen la dignidad del otro cónyuge, según Zannoni (1981). Importa siempre un remedio, una solución al desquicio matrimonial y no una sanción, con la finalidad de evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Por ello, se acepta el divorcio por petición conjunta de los cónyuges, por mutuo consentimiento o acuerdo.

### **6.3. NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO**

En teoría, el llamado divorcio vincular viene a ser la disolución del vínculo matrimonial por sentencia judicial. Fue una de las principales teorías acerca del divorcio. La tendencia actual es desvincular al divorcio de los procesos judiciales, haciéndolo más de función notarial o a cargo de un funcionario del Registro Civil comunal.

Esta teoría define el divorcio.

Deriva de la voz latina “*divortium*” que significa separar, otros en cambio, ven su más remoto origen en el término “*divertere*”, que significa salir de casa, imprimiéndole a la vida de ambos cónyuges un rumbo diferente fuera del matrimonio (Martínez, et al, 2009, pág. 76).

Según Gómez (1992): “...el divorcio es una institución jurídica que versa sobre la ruptura o destrucción del vínculo matrimonial mediante la decisión de juez competente. El término divorcio se entiende como el rompimiento del lazo jurídico que une legalmente a los contrayentes” (pág. 7). Donde, “Desde el punto de vista político y social se plantea la necesidad de mantener la cohesión doméstica a fin de lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares según las costumbres, ideas morales y religiosas de cada pueblo” (Gómez, 1992, pág. 7).

Consideramos, sin embargo, que el divorcio no va contra la ética ni la moral, ya que el divorcio en sí mismo no es inmoral, sino que más bien viene a ser la solución a la convivencia inmoral de los cónyuges que ya no desean continuar con el lazo matrimonial por diversas razones.

En nuestro país, en el Código Civil de 1852, solo existió la separación, más no el divorcio, ya que este código reguló el matrimonio canónico como único, con efectos jurídicos (Aguilar, 2018). El Código Civil de 1936 si reguló la separación legal e igualmente el divorcio.

Teniendo en consideración que nuestra legislación actual, la doctrina del divorcio causal y remedio se utiliza para alcanzar la separación legal o el divorcio, se ha podido apreciar que, la mayoría de las causales establecidas en el artículo 333º del Código Civil actual contienen inconductas graves que conducen al pedido de la separación legal o divorcio, advirtiendo que no todas las causales se basan en inconductas, como en el caso de la imposibilidad de hacer vida en común, o la separación de hecho por el plazo de ley, causales que se adscriben a la tesis del divorcio remedio (Aguilar, 2018).

Como se aprecia, los legisladores han establecido un número cerrado de causales (*números clausus*), por lo que dicha enumeración es limitativa y no enunciativa, en consecuencia, son las únicas causales posibles de invocar para obtener el divorcio. Asimismo, a las causales establecidas por el Código Civil, se sumaron según Ley N° 27495, la de imposibilidad de hacer vida en común y la de separación de hecho por el término de ley, ampliando el abanico de posibilidades para el divorcio que ya en su momento era muy frecuente.

Continuamos analizando la figura del divorcio, donde encontramos que existe una teoría que considera que el divorcio vincular es un mal menor necesario. Esta teoría fue sostenida por Mazzini, quien consideraba que lo único que subsiste en caso de separación es el vínculo, factor que

impide un nuevo matrimonio, todo ello sin beneficio para nadie, ni los cónyuges, ni los hijos, ni la sociedad, todos pierden.

Sin embargo, sabemos bien que el Estado protege a la familia y lo ha plasmado en la Constitución Política, artículo 4º, que expresa su abierta protección al menor de edad, ya sea niño o adolescente, a la madre, al adulto mayor y en conjunto protegen a la familia y respaldan al matrimonio, por considerarlas instituciones básicas para el buen desarrollo como sociedad. También el artículo 5º protege al tipo de familia denominado concubinato. Asimismo, el Código Civil de 1984 en el artículo 234º precisa que el matrimonio es considerado como aquella unión de dos personas que de forma voluntaria se unen, para hacer una vida en común.

No podemos dejar de tener en cuenta, que el número de divorcios en nuestro país ha crecido, se dice que actualmente, de cada cinco matrimonios, se tienen dos divorcios; asimismo, la separación y el divorcio producen múltiples daños en los cónyuges y en los hijos, pero sobre todo en la pareja, ya que es difícil recuperarse frente a una sensación de fracaso. Aunque algunos pudieran considerar que existe un sentimiento de liberación por la decisión tomada, o por resolver un problema que los venía atormentando, o por lo significativo que resulta para dar pie a una nueva unión.

En la medida que el divorcio conlleva a la ruptura familiar, constituye para muchos una experiencia que atormenta, aunque los miembros de la familia pueden tener percepciones distintas sobre esto, dependerá del ambiente familiar previo y de cómo se lleve a cabo el proceso de divorcio. Sabemos que todo proceso de divorcio por causal es un tormento para todos los integrantes de la familia, para la judicatura por la carga procesal que existe en los juzgados de familia hoy en día, para los cónyuges y los hijos, que también son parte importante del proceso de divorcio y todo esto genera también un problema para el Estado.

Tal es así que el divorcio, para el investigador, es una ruptura del equilibrio y la armonía familiar, que conlleva además sufrimiento para la pareja y los hijos. Pérez Testor (2006), considera a la ruptura de pareja como un acontecimiento vital que genera un proceso de duelo, ya que toda separación supone una pérdida, y esto trae consigo sufrimiento, emociones encontradas, conductas inesperadas que afectan a la persona en su totalidad. Pérez, considera que se ha prestado muy poca atención a los efectos del divorcio en los miembros de la pareja y que la atención se ha centrado en los posibles efectos sobre los hijos, quienes quizá se pueden adaptar mejor si es que los padres pueden mantener sus funciones parentales a pesar de la ruptura conyugal. De manera personal, se ha visto casos en los que los hijos se adaptan fácilmente al divorcio de los padres; considerando ello, podemos decir que no todos los divorcios

son violentos, pero si la mayoría de estudios determina que existe un daño psicológico irreparable para los hijos y para la pareja disuelta.

#### **6.4. EL DIVORCIO EN SEDE MUNICIPAL Y NOTARIAL: DIVORCIO EXPRESS.**

Mediante Ley N° 29227 que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior, se otorga competencia a los notarios y municipalidades para tramitar los procesos de separación convencional y divorcio cuando no hay conflicto entre los cónyuges y ambos están de acuerdo. Esto, conforme a la ley indicada, debe contar con un previo acuerdo entre los cónyuges, debiendo presentarse ante una notaría o municipalidad. Este mini proceso de divorcio, también llamado rápido o express, tiene un procedimiento muy sencillo y permite estar divorcio en un tiempo que no supera los tres meses.

#### **6.5. HACIA UNA NUEVA TENDENCIA: EL DIVORCIO SIN CAUSAL.**

Esta opción ya ha sido acogida por muchos países en el mundo, el más cercano que tenemos es en la República Argentina y México, y vemos que tiene como antecedente histórico al divorcio por repudio en Roma y hoy en día podemos configurarlo bajo la denominación de “incompatibilidad de caracteres”, pues uno de los cónyuges lo solicita sin necesidad de expresar una causal.

Para el mexicano Méndez (2014), quien ha desarrollado adecuadamente el tema del divorcio, considera que son muchos países los que vienen regulando regímenes jurídicos mixtos de divorcio, que han evitado la judicialización de los trámites, todo ello basado en la llamada autonomía privada; es decir, se refiere al divorcio incausado, acogido por el Código Civil mexicano. Siendo así, nos refiere que, en México, se llevó a cabo la derogación del divorcio necesario en el Código Civil para incorporar el divorcio incausado, esto motivado por el invocar las causales llevaba a los cónyuges a afecciones adversas y diversas, como físicas, emocionales, económicas, entre otras.

La Exposición de Motivos del divorcio incausado en México (2012), publicada en el Periódico Oficial Gaceta del Gobierno, mediante Decreto número 442, de fecha 3 de mayo de 2012, tiene la siguiente fundamentación (Fundamento único): **(cito textualmente)**

En respuesta a las situaciones variables de la sociedad y una vez que la estabilidad matrimonial no es una directriz por la cual el individuo deba permanecer encadenado al vínculo que los une como cónyuges, los motivos o razones personales son causa justificada y suficiente para determinar teleológicamente la necesidad de una disolución, por lo que resulta prioritario promover las condiciones para el desarrollo integral de la

población, elevar la calidad de vida y fortalecer el estado de derecho, para dar respuesta a los retos que la configuración social plantea.

Las disposiciones relativas a la familia, son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad, libertad y la equidad de género; cabe destacar que las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes del grupo familiar, derivado de lazos de matrimonio, concubinato o parentesco.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de que en muy diversos matrimonios la coexistencia resulta materialmente inviable, dada la incapacidad de la sana convivencia diaria y las diferencias que en determinados casos, parecen irreconciliables y cuya única solución, a efecto de evitar mayores lesiones a los integrantes de la familia, resulta ser el divorcio, que eventualmente y ante un manejo adecuado de la disolución del vínculo, en su oportunidad suponga la materialización de una relación cordial que como ejemplo de civilidad y madurez en la solución de conflictos, coadyuve en el forjamiento de ciudadanos más sensatos.

En este orden de ideas queda claro que una de las obligaciones del Estado es proteger la familia, pero sin soslayar la individualidad y el derecho de toda persona a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar sustentado en la libertad e igualdad; son múltiples los factores que inciden en el matrimonio, destacando la falta de comunicación, los cambios socioculturales, el novedoso papel de la mujer en la sociedad, que han desembocado en el incremento del índice de divorcios.

En esa congruencia, es bien sabido el desgaste y afectación emocional y económico, que un divorcio implica para los miembros de la familia, por lo que, partiendo de la premisa de que el matrimonio se sustenta fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las personas, fue que se optó por el establecimiento de un juicio de divorcio sin causa, comúnmente denominado exprés; derivado del cual, el matrimonio, en su carácter de contrato civil pueda terminarse por voluntad de uno de sus contrayentes, mediante el establecimiento de los medios jurídicos necesarios al efecto (Decreto 442, Exposición de Motivos, 2012, Fundamento Único).

Tal es así que, en México, basta presentar una propuesta de convenio sobre los aspectos a tenerse en cuenta en el divorcio como liquidación de

sociedad de gananciales, tenencia y custodia de menores. Este tipo de divorcio puede ser invocado después de transcurrido un año desde la celebración del otro matrimonio.

## **6.6. HACIA UNA NUEVA FISONOMÍA DEL DIVORCIO.**

Las nuevas tendencias en este campo nos llevan a considerar que prima la persona humana en su realidad ontológica (Fernández, 2002). La persona sabemos, es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, el hombre dotado de racionalidad, es o debe ser responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos, ambiciones o sueños que le den un sentido a su vida y a su proyección en sociedad. Y es que el ser humano alcanza su máxima y completa realización cuando interactúa con los demás. Siendo así, el respeto a su dignidad es connatural, derecho fundamental e irrenunciable, que merece ser reflejado en normas objetivas capaces de garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales (Fernández, 2002).

Si nos basamos en esto, llegaremos a la conclusión de que el ser humano es objeto de protección prioritaria y que el derecho es un medio para la protección y logro de sus fines más elevados. Coincidimos con CULACIATI (2015) cuando considera que, "... desde el momento en que la institución matrimonial pasó a ser más importante que el afecto entre las personas que la componen, la óptica debe ser modificada" (pág. 67),

ya que considera que de no ser así los esposos terminarían siendo rehenes de una institución que contraría sus proyectos biográficos.

Si bien el matrimonio se apoya en la relación afectiva de dos personas, cuya intención inicial fue asegurar ese vínculo, y frente a lo que los romanos denominaron *affectio maritalis*, se debe destacar la apertura del afecto como concepto jurídico y su desaparición como causal de divorcio.

Esto lleva a pensar al investigador que el legislador nunca tuvo en cuenta el tema del afecto entre los cónyuges, y dar cabida al afecto como concepto jurídico, ya que la afectividad es una característica implícita de la relación matrimonial, hasta ahora jurídicamente relevante. Partiremos del hecho de que al desaparecer el amor o el afecto (términos con distinto significado, pero así mencionado en la comunidad jurídica) entre los cónyuges, desaparecen también los motivos o las causas que dieron origen a la unión en matrimonio, dando paso inevitable al divorcio. Por lo que debe considerarse que el amor, el afecto, son aspectos básicos para la supervivencia del matrimonio y su perdurabilidad. Por lo que, el divorcio incausado en nuestra sociedad o el llamado “sin expresión de causa” sería el que mejor responde para la imposición de la autonomía de la voluntad y haríamos seres más libres de una institución que se basa en un aspecto tan importante aunque subjetivo que es el de los sentimientos, del afecto y del amor. Esta tesis es compartida por muchos autores citados en la presente investigación, que pasaremos a mencionar.

Lasarte, citado por Culaciati (2015), considera que

Cuando la crisis surge lo mejor es certificar la defunción del matrimonio sin ambages y permitir que, con la mayor celeridad posible, los cónyuges procuren rehacer su vida el uno lejos del otro, pues, naturalmente, si se les reconoció madurez suficiente para comprometerse matrimonialmente, no se les puede negar capacidad y serenidad suficiente para poner fin a la situación matrimonial (pág. 29).

Según el mismo Culaciati (2015), “tendríamos que situarnos entre la *affectio maritalis* y su ausencia como fundamento último del divorcio, igualando la libertad para contraer matrimonio con la libertad para divorciarse, cuando en ambos casos hay consenso” (pág. 29).

Se plantea así, una visión distinta del matrimonio y el divorcio, acorde a nuestros tiempos.

Siguiendo al jurista español Clavería (1983), quien consideró hace varios años que

Concebir al matrimonio como la unión de dos personas que han exteriorizado de la forma prevista en la ley su relación afectiva, existiría por tanto el matrimonio por y tras la comunicación formal

al Registro Civil de dicho proyecto de convivencia. En este contexto, la figura del divorcio carece de sentido, bastando la mera comunicación al mencionado registro por parte de uno de los cónyuges, para que legalmente se repute extinguida la relación matrimonial (pág. 1298).

Téngase en cuenta que Clavería dijo esto hace muchos años atrás, donde consideró que en el proceso de divorcio debería de evitarse que las partes involucradas deban invocar alguna causal para finalmente conseguirlo, ya que esto es a todas luces atentatorio a la integridad de los esposos y de la familia en general.

En nuestro país ya hemos conseguido la desjudicialización del divorcio cuando este es de mutuo acuerdo, pudiendo solicitarse en sede notarial, exigiéndose solamente la constatación de la voluntad de ambos cónyuges y de la presentación del convenio regulador de las obligaciones frente a los hijos y el régimen patrimonial. Avance sin duda importante en esta línea de pensamiento, en el que el divorcio no debe ser una cuestión imposible de conseguir sin someterse a un proceso judicial, con lo que se logra también una reducción del conflicto familiar que trae todo divorcio, de las consecuencias psicológicas que acarrea, más aun cuando este, al ser tramitado ante el Poder Judicial, se convierte en un tema de nunca acabar por la excesiva carga procesal. Además, los cónyuges no terminan en conflicto haciendo menos doloroso el divorcio, reduciendo los

conflictos familiares a los que normalmente los hijos se encuentran expuestos, y ni que decir de la disminución de los costos del proceso. El divorcio desjudicializado también permite superar prontamente la etapa post divorcio, cimentando la relación con los hijos. Este sistema también conocido como mixto, divorcio vincular y divorcio desjudicializado viene siendo regulado por muchos regímenes jurídicos, como salida cuando no hay conflicto entre cónyuges, además que así se evita que el Estado, a través del Poder Judicial se inmiscuya en la vida privada y familiar de las personas, otro aspecto muy importante a tener en cuenta.

Sin embargo, en nuestro país, que cuenta con este sistema mixto, debe implementar necesariamente la existencia de **solo dos causales**.

**Por lo que la presente investigación propone reducir las causales a dos: incompatibilidad de caracteres o imposibilidad de hacer vida en común y la separación de hecho**, lo que consideramos permitirá que los cónyuges obtengan una disolución del vínculo sin mayor desgaste emocional, sin daño a los hijos, sin costos propios del proceso judicial, sin inversión de tiempo y esfuerzos en lograrlo. Por otro lado, los magistrados aligerarán la carga procesal que vienen afrontando y se tendrán que ceñir para declarar el divorcio únicamente en la voluntad de alguno de los cónyuges, el que justamente no pueda continuar con el matrimonio porque no es compatible con el otro o por que no puede continuar con la

comunidad de vida que exige el matrimonio, sin brindar mayores razones o fundamentos sobre el particular, con tan solo invocarlo.

Consideramos que el divorcio incausado o sin expresión de causa en el Perú en la vía extrajudicial, propuesto por algunos doctrinarios, no será factible por el momento, quizá a largo plazo, ya que inicialmente se debe considerar únicamente el hecho de reducir las causales a dos, las ya mencionadas, a efectos de brindar una solución a los problemas que miles de parejas casadas afrontan: el irremediable quiebre del vínculo matrimonial por diversas motivaciones que no son materia de esta investigación analizar, pero que ya las mencionamos. Así, compartimos la tesis de CULACIATI (2015), cuando afirma que “si el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges y para los hijos, también lo pierde para la sociedad” (pág. 401).

También se comparten las ideas de Eduardo Barcesat, citado por Varsi (2011) cuando afirma preguntándose a la vez:

¿Cuál es el sujeto del derecho en el mundo normativo hegemonizado por la figura celular de los derechos subjetivos? Si es realmente el ser humano o las cosas materiales susceptibles de portar valor como los bienes, los que se configuran como el verdadero centro de la regulación normativa, instituyendo así al orden jurídico

positivo como un ordenamiento del tránsito y custodia patrimonial, cuyo real sujeto no es el ser humano sino el patrimonio” (pág. 44).

Llega este autor a la conclusión de que:

Al proponer la necesidad de instalar al ser humano como real sujeto del derecho, contemplando tanto sus necesidades como sus intereses. Y es que bajo esta conceptualización se propone el rescate de la esencia de las relaciones familiares, considerando que la persona es el eje y su centro de atención; persona que para integrarse en una relación familiar requiere más que de voluntad, de motivaciones espirituales y sentimentales, precisa de afecto para consolidar estos vínculos familiares (Varsi, 2011, pág.46).

En tal sentido:

La afectividad se constituye en el elemento nuclear de la familia con el cual la persona confraterniza con los demás, afianzando la solidaridad. La familia es un espacio de emociones y sentimientos humanos que marca el disloque de la tradicional función económica, política, religiosa y procreacional, tornándose hacia una nueva función cuya

tendencia se sintetiza en la “*repersonalización de las relaciones civiles*” (Varsi, 2011, pág. 45).

Concluye el mencionado autor que,

Este fenómeno jurídico implica revalorizar los intereses de la persona humana en su entorno natural, en su interior, en su alma, como un ser sintiente, capaz de sufrir y de sentir placer y es que estamos hechos de la misma sustancia que los sueños (William Shakespeare) más allá de relaciones patrimoniales, lucrativas, negociales que tienen a la cosificación del ser en lugar de resaltar su dignidad (Varsi, 2011, pág. 46).

Asimismo, siguiendo a Aronne, citado por Varsi (2011), manifiesta que el fenómeno de la re personalización “consiste en el dislocamiento del enfoque de los códigos desde patrimonio hacia la persona humana. La familia se presenta como un espacio que configura el camino desde la patrimonialización a la personificación, a la sensibilización del ser humano” (pág. 46).

Para Varsi (2011) la protección de la familia es mediata,

Es decir, interesa principalmente a través de ella la concreción y existencia efectiva de las personas, es decir, la consagración de su proyecto de vida. Que no es la familia per se a quien la ley brinda especial atención sino a sus integrantes, a los sujetos que la componen. Antes de ella y por encima está la persona representada en el cónyuge, el padre, la madre, el hijo, cada uno de los familiares y parientes (pág. 46).

Siendo así, es necesario en nuestro país, replantear la figura del divorcio y enfocarnos en un aspecto más importante: el ser humano y su proyecto de vida en particular.

Desde otros ámbitos, se habla hoy en día sobre la “privatización del matrimonio” y el divorcio, pensando básicamente en instaurarla solo en sede notarial o arbitral, como jurisdicción voluntaria. En España, casarse ante notario ya es una posibilidad, de acuerdo a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria. Además, es posible también el divorcio incausado en este país, considerándose que en España ha disminuido considerablemente el índice de divorcio en sede judicial y casi el 66% de los divorcios de mutuo acuerdo, fueron tramitados en notarías durante el 2012 (Fuente: Diario El País). Fue propuesto un proyecto de ley sobre el divorcio en dicha sede. En España se consideró en su momento a esto, como una filosofía de mercado que impone desjudicializar para privatizar;

que el matrimonio nace de la voluntad que es lo único imprescindible, y este puede ser realizado ante un notario, un funcionario público que recibe declaraciones de voluntad y da fe de ellas. Poco probable de aplicación en nuestro país, donde el oficio notarial nos cuesta en exceso, donde no hay regulación de las tarifas de los notarios públicos, consideramos que sería más conveniente optar por el divorcio sin expresión de causa ante la judicatura. Debemos también indicar, que en España, el divorcio puede ser solicitado luego de transcurridos tres meses de la celebración del matrimonio; eliminó el concepto de divorcio sanción al abandonarse las causas de separación y divorcio, bajo el criterio de *solus consesus obligat*, dando cabida al disenso mutuo o unilateral, como causa suficiente por la efectiva desaparición de la *affectio maritalis*, de los juristas clásicos romanos.,

#### **6.7. ANÁLISIS EN RELACIÓN A LA CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN.**

En nuestro país, el divorcio bajo la causal de imposibilidad de hacer vida en común ha generado una serie de controversias. Analizamos esto con base en algunos fallos en casación.

Según la Casación N° 2871-2005-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, publicada en El Peruano con fecha 31 de enero de

2007, en relación a la causa deducida, en el fundamento undécimo, se precisa:

La imposibilidad de hacer vida en común importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y su imputabilidad al otro consorte; quien, con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio; por eso y por tratarse de una causal inculpatoria deben exponerse los hechos que, imputados al otro consorte, provoca la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común (Fundamento 11).

Asimismo, en la Casación en referencia, en el fundamento décimo se precisa:

Que, al respecto, cabe señalar que el inciso 11 del citado artículo 333º del código sustantivo, determina como causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, pudiendo también demandarse el divorcio por dicha causal de acuerdo con lo que previene el artículo 349º del propio texto legal [...]. Que, el artículo 2º de la Ley No 27495 varió el texto original del inciso 11 del artículo 333º del Código Civil y de acuerdo con el principio de la invocabilidad contemplado en el artículo 335º del Código Civil, la mencionada

causal solo puede ser invocada por el cónyuge agraviado, no por el que cometió los hechos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida en común [...]. Que, se trata de una nueva causal inculpatoria y en consecuencia, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida en común y quien los provocó a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponda. [...]. **Que, la imposibilidad de hacer vida en común importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y su imputabilidad al otro consorte** (negrita y subrayado nuestro); quién con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio; por eso y por tratarse de una causal inculpatoria deben exponerse los hechos que, imputados al otro consorte, provoca la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común. [...]. Que, **la variedad de circunstancias que puede presentar la vida real hace imposible enumerar los que puedan configurar esta causal; pero todas las circunstancias que de ordinario pueden producirse viviendo o no los cónyuges bajo el mismo techo, deben ser acreditadas por cualquier medio probatorio admitido en nuestra legislación procesal civil**, debiendo el juzgador valorar en conjunto la prueba actuada a fin de llegar al convencimiento que el hecho comprobado efectivamente hace

imposible continuar o reanudar la vida en común, según el caso. [...]. Que, la cuestionada interpretación del referido inciso 11 del artículo 333º del Código Civil es evidentemente errónea, toda vez que ni de su texto ni de su espíritu aparece la exigencia que alude el colegiado superior, dado que para acreditar sus pretensiones las partes tienen a su disposición los diversos medios probatorios que autoriza el código adjetivo, sin que el material probatorio deba provenir necesariamente de un proceso anterior. [...]. Que, por las consideraciones expuestas, debe concluirse que cuando el inciso 11 del artículo 333º del Código Civil dispone como causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, debe entenderse que los medios probatorios se pueden hacer valer en el correspondiente proceso judicial, como en el caso de autos; así como también provenir de un proceso judicial previo (Fundamento 10). (negrito y subrayado es nuestro).

En cuanto a la causal de separación de hecho, la misma Casación N° 2178-2015, considera en su Fundamento décimo quinto:

Respecto a la causal *in iudicando*, se advierte que la inclusión en la normativa sustantiva de la causal de divorcio por la separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, por su naturaleza resuelven un conflicto y no sancionan al culpable de

este; en este sentido, debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como de mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados.

Como apreciamos en este fallo de la Corte Suprema, la causal de imposibilidad de hacer vida en común viene siendo interpretada de diversas maneras. Prima la idea del órgano jurisdiccional de que esta debe ser debidamente acreditada con medio probatorio idóneo, hecho que consideramos un imposible. Esto conduciría al hecho de que los cónyuges deban planificar la creación de pruebas, procurando la toma de fotografías, grabación de audios o videos, la manipulación a los hijos, a otros integrantes de la familia como los padres o los suegros; la búsqueda de testigos que pueden ser vecinos, amigos de la pareja, entre otros. Por ello, se puede recurrir a un sinnúmero de posibilidades para llegar a probar la famosa “imposibilidad de hacer vida en común”, que si bien es cierto, puede llegar a convertir la vida familiar en un dilema de búsqueda de causas o motivos que pudieran generar una garantía para que el juzgador no tenga duda del hecho.

Según Aguilar (2018),

La causal de imposibilidad de hacer vida en común no fue debidamente estudiada ni consultada por especialistas, .... siendo considerada como un reto para los magistrados, pues de la redacción de la norma surgen una serie de inconsistencias que resulta difícil de resolver, como por ejemplo, determinar qué es la imposibilidad de hacer vida en común, si todas las demás causales llevan a ello. Tal es así que el mencionado autor pone de ejemplo que se tratara del adulterio, la falta termina siendo grave, pues viola el deber de fidelidad y se atenta contra la confianza, y cuando alguno de los cónyuges agraviados acciona es porque siente que ya no es posible la vida en común con su consorte; en consecuencia, derivamos en lo mismo: imposibilidad de hacer vida en común (pág. 79).

Asimismo, la redacción de esta norma refiere que la causal debe ser probada en el proceso, y como decíamos, esto es obvio, pero lo también evidente es que no puede fundarse un hecho en dos o más causales. Siendo esta una causal del llamado divorcio remedio, causal subjetiva, lo que nos interesa es comprobar que la vida en común ya no es posible en la pareja y que al juez sólo le tocaría comprobar la inviabilidad para que sigan viviendo como tal, proceder a resolver por la separación o divorcio. Sin embargo, vemos que no es así.

Otro inconveniente para invocar esta causal y conseguir el divorcio, se aprecia en la regulación que tiene el Art. 335 del Código Civil (1984), referido a que nadie puede invocar en hecho propio para demandar separación o divorcio, lo que sí ha dejado de lado en la causal de separación de hecho. En este sentido, la naturaleza jurídica de la causal en cuestión, se convertiría para la judicatura, en una causal subjetiva de divorcio sanción, en donde se imputa a alguno de los cónyuges una conducta que da lugar al rompimiento de la vida en común, y es que al invocar dicha causal en el proceso encontramos a un responsable de esta conducta, lo que hace poco amparable esta causal.

De otro lado, Aguilar (2018), refiere para explicar lo complicada de esta causal, la Casación N° 745-2014, en la cual la demandante alega que su consorte se niega a hacer vida en común, pese a que vive en el mismo domicilio; que cuando se casaron el cónyuge se comprometió a cuidar de la hija de la demandante habida en otro compromiso, lo que no hizo; que trabaja de lunes a viernes de siete de la mañana a diez de la noche y que cuando llega se encierra en su cuarto y los fines de semana se dedica a tomar licor; que no la asistió cuando se encontraba delicada de salud y que fueron sus padres quienes la atendieron. El demandado alegó que la demandante no quiere un esposo sino un empleado que la atienda, y que está de acuerdo con el divorcio. El juzgado de primera instancia declaró fundado el divorcio, pero por la causal de “incompatibilidad de caracteres”, la cual no es causal de divorcio en nuestro país, por lo que Aguilar (2018)

considera “que este concepto (incompatibilidad de caracteres) deberá desarrollarse como imposibilidad de hacer vida en común, pero refiriéndola a hechos concretos en donde se demuestre que la pareja ya no puede vivir como tal” (pág. 81). Como vemos, para este autor, también debe probarse con lo que él denomina “hechos concretos”, siendo mi posición al respecto, de que no se puede probar de manera concreta esta situación de hecho tan complicada, por lo que bastaría invocarlo para acceder al divorcio, convirtiendo así nuestro sistema divorcista en incausado.

Finalmente, en este proceso mencionado (Cas. 745-2014), la Corte Suprema no casa la sentencia y más bien señala algunos casos que dan lugar a esta causal, como el “abuso de uno de los cónyuges contra el otro”, acciones judiciales, incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio; pero no nos dice la Corte qué hechos pueden dar lugar a esos abusos contra el otro, tampoco indica que acciones judiciales podrían ser consideradas para configurar la imposibilidad de hacer vida en común, por lo que considera Aguilar (2018) que debió la Corte Suprema hacer docencia y señalar en forma enunciativa algunos hechos que demuestren o ilustren adecuadamente esta causal, reparando que la demandante mencionó en su demanda qué hechos son los que el demandado no lleva a cabo y que constituyen deberes conyugales recíprocos, como por ejemplo, el hacer vida en común. Sin duda, se trata de un fallo complejo.

Continuando con la apreciación de Aguilar (2018), este nos dice, buscando entender la causal materia de análisis, que:

Imposibilidad es la falta de viabilidad para existir una cosa o para hacerla, mientras que la posibilidad es la actitud o voluntad para hacer; en consecuencia, para nuestros legisladores, en el campo de las relaciones familiares, la imposibilidad de hacer vida en común significaría la falta de actitud de los cónyuges para continuar un proyecto de vida compartido o reanudarlo, afectando con ello al matrimonio, ya que la esencia y naturaleza de este reside precisamente en la comunidad de vida como supuesto básico para el cumplimiento de los fines del matrimonio. Al debilitarse e inclusive destruirse esta intención es hacer vida en común, se produce la quiebra o el fracaso y el fin de la relación matrimonial (pág. 82).

Como podemos apreciar, para Aguilar la consecuencia de esta causal de imposibilidad de hacer vida en común produce la quiebra o el fracaso del matrimonio, por lo que al parecer del investigador, esta causal no debería ser demostrada, solo invocada. Refuerzo esta postura, en el hecho de que la evolución de la regulación del divorcio en el derecho positivo ha estado influenciada por la evolución de la institución de la familia, así como por las diferentes corrientes de pensamiento dominantes en el

transcurso del tiempo. Asimismo, por la importante influencia que siempre ha tenido la iglesia con respecto a la concepción de la familia, manteniendo la postura de que el matrimonio es indisoluble. Hemos dado un paso importante en la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo o consensual, bastando un convenio regulador al no haber contradicción entre las partes. Hoy en día se cuestiona en qué medida debe intervenir el Estado a través del Poder Judicial para disolver el matrimonio, considerándose que es un criterio general en la doctrina el hecho de la autonomía de la voluntad o privada como principio rector de las relaciones jurídicas, dentro de ellas el matrimonio; entendiéndose que dos personas en plena libertad, decidieron un día formar una familia y después alguno de ellos decide ponerle fin a dicho vínculo en pleno ejercicio de esa autonomía, pero que ve un sinnúmero de inconvenientes para lograrlo, llegando a estar atado a otra persona sin amarla, sin  *affectio maritalis*, como lo conocieron los romanos.

Como dice Lacruz (1984):

El derecho no otorga a los miembros de la familia una situación de la que puedan disfrutar según su gusto o capricho, sino que les encomienda una gestión de obligado desempeño, no en beneficio propio sino del consorcio, en clara defensa de la supremacía del interés familiar sobre el interés de cada uno de los miembros que la componen (pág. 218).

Partiendo de esta apreciación del doctrinario español, podemos hacernos la pregunta de si es posible que en aras del interés familiar y no personal se pueda seguir manteniendo el vínculo, frustrando el proyecto de vida de dos personas que un día creyeron que serían felices para siempre y que luego vieron que no era así. Tendríamos también que preguntarnos si el Estado debe estar siempre presente en las relaciones familiares o dejarse que este sea sólo de interés privado, lo cual, al parecer nuestro, sería imposible dado el esquema que trae la Constitución Política de protección a la familia, pero esta disposición tendría que ser interpretada como la posibilidad de proteger la **integridad y dignidad** de las personas que conforman el núcleo familiar.

Plácido (2010) conceptualiza al divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común como:

En su parte importante es aquella que se da en la gravedad, en la intensidad y en lo que puede suceder de los hechos producidos los cuales hacen que se imposibilite al cónyuge ofendido permanecer en una convivencia y su imputabilidad al otro cónyuge; quien con todo el derecho que le corresponde, frustra y por ende pone fin del matrimonio; por él y además por el no ser la persona culpable sin embargo debe de exponer todos los hechos, imputados que hace sobre su pareja. Todo ello da como salida la imposibilidad de continuar o reanudar la vida de pareja. La

imposibilidad de la vida en común como factor determinante para la probanza de la causal, importa una marcada situación que se espera sea valorada a partir de hechos producidos que se busquen sean de naturaleza determinante y recogidas por el encausamiento jurídico, máxime si la exigencia normativa agrega el ser probado en proceso judicial. (pág. 85)

Finalmente, luego de realizada la presente investigación, se considera que las relaciones interpersonales deben fundamentarse siempre bajo el principio de autodeterminación, siempre y cuando se desarrolle respetando los derechos de los demás miembros del grupo familiar y el respeto irrestricto de los derechos constitucionales de la persona humana.

## CONCLUSIONES

1. El divorcio como acto que separa a una pareja (hombre y mujer) unidos en matrimonio, fue admitido y practicado en todos los pueblos de la antigüedad. Los variados sentimientos que tiene el hombre y la mujer, los patrones culturales, las circunstancias, la economía y el medio que los rodea, siempre se han manifestado en incompatibilidades que hacen que el matrimonio fracase, tolerándose la disolución del vínculo familiar en todos los tiempos.
2. Nuestro Código Civil ha establecido en los últimos años muchas reformas en relación al divorcio, siguiendo las tendencias doctrinarias venidas desde otras latitudes, las mismas que van de la mano con los cambios en la sociedad y en los estados, así como en el cambio de las estructuras familiares en el mundo entero.
3. La Constitución Política del Perú, protege a la familia, pero esta disposición tendría que ser interpretada como la posibilidad de proteger la **integridad y dignidad** de las personas que conforman el núcleo familiar, sin dejar de lado la individualidad y el supremo derecho que tiene toda persona a gozar de un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar sustentado en la libertad e igualdad. Por lo que se debe dar paso al divorcio sin expresión de causa en nuestro país.

4. Debe modificarse el Art. 333<sup>o</sup> del Código Civil, por considerarse que muchas de las causales ahí contenidas terminan en una sola: la imposibilidad de hacer vida en común. Debiendo solamente regularse esta causal y la de separación convencional en vía únicamente notarial. Esto llevaría a aliviar la carga procesal y significaría un cambio radical en el tratamiento del divorcio en el Perú.
  
5. Debe derogarse el Art. 335<sup>o</sup> del Código Civil, que regula que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, ya que este artículo sería un obstáculo para invocar la causal de imposibilidad de hacer vida en común cuando es invocada por uno de los cónyuges, tal como demostramos con un sentencia de divorcio por esta causal y que terminó siendo desestimada por la Corte Suprema, lo que evidencia la complejidad de demostrar con medio probatorio idóneo la imposibilidad de hacer vida en común, toda vez que sus lineamientos tampoco son claros, haciendo más engorroso el trámite del divorcio en sede judicial.
  
6. La revisión y posterior derogación de otros artículos referidos al decaimiento y disolución del vínculo matrimonial se hace urgente, reforzando siempre la protección de los hijos y de los bienes que correspondan a los cónyuges.
  
7. La existencia de las dos causales planteadas en esta tesis como imposibilidad de hacer vida en común y separación de hecho deben ser las

únicas que existan en nuestro sistema jurídico, ya que tanto para el matrimonio como para el divorcio, debe primar la voluntad privada y el respeto irrestricto a la dignidad de la persona humana por sobre toda otra consideración de tipo institucional, adecuándonos a las tendencias modernas del derecho de familia, ya adoptadas por otras legislaciones como Argentina y México. Asimismo, se estaría protegiendo la intimidad de los integrantes de la familia disuelta, pero unida siempre por los lazos familiares que son indisolubles, y no se tengan que exponer los hechos familiares íntimos en búsqueda de pruebas conducentes a demostrar la causal invocada, como ocurre en la actualidad.

8. La desaparición de la *affectio maritalis*, es el sustento para reforzar la voluntad unilateral o consensuada del divorcio como causa suficiente para acceder a la disolución del vínculo, donde la actividad jurisdiccional perdería sentido, ya que a nuestro entender, el juez carece de la función de juzgar lo que le es propio a los cónyuges, debiendo limitarse solamente al control de legalidad de los acuerdos, velando que no sean perjudiciales a los hijos del matrimonio ni causen daños a alguno de los cónyuges. Sólo en ambos supuestos sería denegado el divorcio.
9. Es casi un imperativo en los magistrados, el proteger a los hijos que se ven afectados por el divorcio, cuidando celosamente el régimen de visitas y la asignación de alimentos, el cual deberá ser propuesto mediante un

convenio regulador que el juez deberá aprobar o adecuar a las necesidades de los hijos y de las posibilidades de los cónyuges.

10. Este cambio de paradigma en la regulación del divorcio, traerá muchas ventajas para los cónyuges y los hijos, ya que se espera que las afecciones emocionales propias de un proceso judicial de divorcio disminuyan; permitirá que las parejas acudan al matrimonio con más frecuencia y no lo eviten en el entendido que el divorcio es engorroso y además costoso; que el Estado establezca medidas de protección a los niños y adolescentes, así como capacitación en los centros educativos sobre las responsabilidades que se asumen al contraer matrimonio sobre todo en relación a los hijos. Menor asignación de recursos para la tramitación de procesos ante el Poder Judicial, descongestionando la carga procesal que cada juzgado de familia afronta hoy en día.

## RECOMENDACIONES

1. El Poder Legislativo debe establecer una inmediata reforma del Libro III, Sección II, Título IV del Código Civil referida al decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, y adaptarlo a la concepción actual de la familia, del matrimonio y del divorcio en particular.
2. El Poder Ejecutivo tiene en sus manos la labor de dotar de recursos y de capacitación a los miembros del Poder Judicial, a fin de que tengan una visión más amplia del derecho de familia y de la nueva visión de esta.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### **BIBLIOGRÁFICAS:**

ALBALADEJO, M. (1982). *Curso de Derecho Civil*. Barcelona. Librería Bosch.

ARIAS SCHEREIBER, M. (2002). *Exégesis del Código Civil Peruano – Derecho de Familia, Sociedad Conyugal*. Tomo IV. Lima- Perú. Ed. Gaceta Jurídica.

AGUILAR, B. (2018). *Causales de separación y divorcio. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima-Perú. Ed. Gaceta Jurídica.

BAQUEIRO, E. & BUENROSTRO, R. (2014). *Derecho de Familia*. Bogotá. Ed. Temis.

BELLUSCIO, A. C. (2007). *Manual de Derecho de Familia*. 7ma. Edición. Buenos Aires: Astrea.

BORDA, G. (1984). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.

CARBONNIER, Jean. (1991). *Derecho Civil, Relaciones familiares y cuasi familiares*. Vol.2. Barcelona, España: Editorial Bosch.

CORNEJO, H. (1991). *Derecho Familiar Peruano. Sociedad Conyugal*. Tomo I. Lima, Perú: Ediciones Librería Studium.

- CORRAL, Hernán. (1994). *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia*. Colección Jurídica Universidad de Los Andes. Santiago de Chile.
- CORRAL, Hernán. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- CLAVERIA, Luis H. (1983). *Hacia una nueva concepción del matrimonio*. En la Ley, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.
- CULACIATI, Martín. (2015). *Razones y sin razones que demoran la desjudicialización del divorcio en Argentina*. IUS Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Año IX N° 36. Puebla, México.
- D'AGOSTINO, F. (1991). *Elementos para una filosofía de la familia*. Madrid, España: Ediciones Rialp.
- DIAZ DE GUIJARRO, E. (1998). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta.
- DIEZ, P. y GUILLON, L. (1990). *Sistema de Derecho Civil*. 5ta. Edición. Madrid, España. Ed. Tecnos.
- DUTTO, Ricardo. (2006). *Daños Ocasionados en las relaciones de Familia*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Hammurabi.
- FERNANDEZ, C. (1992). *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Lima, Perú. Editorial Cuzco S.A.
- FERNANDEZ, C. (2002). *El Derecho de las personas (En el umbral del Siglo XXI)*. Lima, Perú. Ediciones Jurídicas.
- FIGUERAS, E. (2003). *Pervirtiendo el orden del santo matrimonio*. España:

Publicaciones Universitat de Barcelona.

FUEYO, Fernando. (1959). *Derecho Civil*. Tomo VI, vol. 1. Santiago, Chile: Editorial Universo.

GOMEZ. F & WEISZ, T. (2005). *Nuevas parejas, nuevas familias. Cómo crear una familia reconstruida y no morir en el intento*. México: Editorial Norma.

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. (1992). *Derecho de Familia*. Bogotá Colombia. Editorial Temis.

HERNANDEZ-SAMPELAYO, M. & CRESPO GARRIDO, M. (2005). *¿Familia o familias? Estructura familiar en la sociedad actual*. Madrid, España: Editorial Sekotia.

HINOSTROZA, A. (2011). *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*. Lima, Perú: Jurista Editores.

HINOSTROZA, A. (2008). *Procesos judiciales derivados del Derecho de Familia*. Lima, Perú: Editorial Iustitia.

LACRUZ, José L. (1979). *Manual de Derecho Civil*. Barcelona, España: Editorial Bosch.

LAGOMARSINO, Carlos. (1992). *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Universidad.

LASARTE, Pedro. (2005). *Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales*. En Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº 655. Argentina.

LOPEZ, Carlos. (2005). *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Santiago de Chile: Librotecnia.

- MARTINEZ, E. (1997). *Ensayos de Derecho Civil I*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- MAZEAUD, H. y MAZEAUD, L. (1959). *Lecciones de Derecho Civil*. Tomo 3. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa – América
- MENDEZ, María. (2006). *Los Principios Jurídicos en las Relaciones Familiares*. Buenos Aires, Argentina: Editorial RubinzalCulzoni.
- MONTERO, Sara. (1984). *Derecho de Familia*. México: Editorial Porrúa.
- NIZAMA, Medardo. (2008). *La Familia en el Derecho Romano y en el Ordenamiento Actual*. En revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 66. Lima, Perú.
- PLACIDO, Alex. (2002). *Divorcio*. 1era. Edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. (1981). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Traducido por JoseCajicaCamacho. Ciudad de México, México. Editorial Cárdenas.
- PETIT, Eugene. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 23º Ed. Traducida por Fernández Gonzales J. México: Editorial Porrúa.
- PUIG PEÑA, F. (1976). *Compendio de Derecho Civil Español*. Tomo V. Tercera Edición. Madrid, España: Ediciones Pirámide.
- RAMOS, René. (2005). *Derecho de Familia*. 5ta. Edición. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile.
- VARSÍ, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima, Perú: EditorialGrijley.

VARSÍ, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia – La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I. Lima, Perú: Ed. Gaceta Jurídica.

VEGA, Yuri. (2009). *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*. 3ra. Edición. Lima, Perú: Motivensa Editora Jurídica.

VILADRICH, P. (1992). *El pacto conyugal*. Madrid, España: Editorial Rialp.

ZANNONI, Eduardo. (1981). *Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

### **TESIS:**

1. ALVAREZ OLAZABAL, E. (2006). *Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿permisividad o disolución?*. (Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú.
2. BERMÚDEZ TORRES, G. (2014). *El divorcio por causal en el Perú, entre causas y concausas*. (Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil). Universidad Autónoma de México. México.
3. FRANCO ALZAMORA, D. (2018). *La causal del divorcio de imposibilidad de hacer vida en común en la legislación peruana*. (Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho). Universidad Federico Villarreal. Lima, Perú.
4. MARTINEZ COLLADO, R, RAMIREZ BERMUDEZ, F & RIVERA MENJIVAR, F. (2009). *La falta de un procedimiento en la ley procesal de familia para la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la*

*comunidad diferida y sus consecuencias*. (Tesis para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas). Universidad de El Salvador. San Salvador.

5. MENDEZ, Allan. (2014). *El Divorcio incausado en México*. (Tesis para optar el grado de Maestro en Políticas Públicas). Universidad Iberoamericana. México.
6. MUÑOZ BONACIC, Gabriel. (2014). *Evolución del concepto Familia y su recepción en el ordenamiento jurídico*. (Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho Privado). Universidad de Chile. Santiago, Chile.
7. PINILLOS CHÁVEZ, M. (2010). *El proceso de alimentos y el índice de divorcios en Lima, 2009*. (Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil). Universidad Mayor de San Marcos. Lima, Perú.

### **REFERENCIAS WEB**

Bermúdez Torres, G. (2014). "*El divorcio por causal en el Perú, entre causas y concausas*". Recuperado de: [www.unam.mx/bermutetztorres.2190](http://www.unam.mx/bermutetztorres.2190).

Pinillos Chávez. M. (2010). "*El proceso de alimentos y el índice de divorcios en Lima, 2009*". Recuperado de: [www.pinilloschavez.unmsm//14790.tesis](http://www.pinilloschavez.unmsm//14790.tesis)

Diario El País: El divorcio en España: recuperado de

[http://política.elpais.com/política/2015/07/03/actualidad/1435910139\\_730147.ht](http://política.elpais.com/política/2015/07/03/actualidad/1435910139_730147.ht)

ml

## **JURISPRUDENCIA**

1. Casación N° 2871-2005-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, publicada en El Peruano con fecha 31 de enero de 2007
2. Casación N° 745-2014- Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, publicada el 20 de marzo del 2015.

## **NORMAS**

CODIGO CIVIL PERUANO (1984). Jurista Editores. Lima, Perú.

Exposición de Motivos del divorcio incausado en México, publicada en el Periódico Oficial Gaceta del Gobierno, mediante Decreto número 442, de fecha 3 de mayo de 2012.

