

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



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

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA SUPRIMIR EL DIVORCIO CON
EXPRESIÓN DE CAUSA SUBJETIVA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: MARÍA EVELYN ARRIBASPLATA SÁNCHEZ

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2019

COPYRIGHT © 2019 by
MARÍA EVELYN ARRIBASPLATA SÁNCHEZ
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



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

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS APROBADA:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA SUPRIMIR EL DIVORCIO CON
EXPRESIÓN DE CAUSA SUBJETIVA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: MARÍA EVELYN ARRIBASPLATA SÁNCHEZ

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixón Javier Castillo Montoya
Asesor

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

Mg. Roció Elizabeth Salazar Chero
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2019



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



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 5:30 horas, del día 12 de julio de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, M.Cs. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA, Mg. ROCÍO ELIZABETH SALAZAR CHERO**, y en calidad de Asesor el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA** Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada "**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA SUPRIMIR EL DIVORCIO CON EXPRESIÓN DE CAUSA SUBJETIVA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**", presentada por la **Bach. en Derecho MARÍA EVELYN ARRIBASPLATA SÁNCHEZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de BUENO (15) la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho MARÍA EVELYN ARRIBASPLATA SÁNCHEZ**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Siendo las 7:10 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

.....
M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador
.....
M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador
.....
Mg. Rocío Elizabeth Salazar Chero
Jurado Evaluador

DEDICATORIA:

A mi madre con todo mi amor, por su sacrificio y esfuerzo para darme una carrera profesional y por seguir apoyándome en mi crecimiento profesional.

A mis hermanas Katia y Elisa quienes con sus palabras de aliento me impulsan a seguir adelante y ser perseverante para cumplir con mis objetivos.

AGRADECIMIENTO

A todas las personas que me apoyaron en la elaboración del presente trabajo

ÍNDICE

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
INDICE	vii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	xii

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Planteamiento del problema	1
1.1. Contextualización	1
1.2. Descripción del problema	5
1.3. Formulación del problema	7
1.4. Justificación e importancia de la investigación	7
1.5. Delimitación de la investigación	9
1.6. Limitaciones	9
1.7. Objetivos de la investigación	9
1.7.1. General	9
1.7.2. Específicos	9
1.8. Hipótesis	10
1.9. Metodología	11
1.9.1. Diseño de la investigación	11
1.9.2. Tipo de investigación	11
1.9.3. Métodos de investigación	12
1.9.3.1. Métodos generales	12

1.9.3.2. Métodos propios del derecho	13
1.9.4. Unidad de análisis y unidad de observación	15
1.9.4.1. Unidad de análisis	15
1.9.4.2. Unidad de observación	16
1.9.5. Técnicas e instrumentos de investigación	16
1.9.6. Técnicas para el procesamiento y análisis de la información	18
1.10. Estado de la cuestión	18

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. La familia	24
2.2. La familia: protección constitucional	25
2.3. El matrimonio: principio de promoción del matrimonio	31
2.3.1. Regulación jurídica del matrimonio en el Código Civil	33
2.4. El divorcio	36
2.4.1. Doctrinas que sustentan el divorcio	37
2.4.2. Posición de nuestro ordenamiento jurídico civil	40
2.4.3. Causales del divorcio	41
2.4.4. Efectos del divorcio	63
2.5. El proceso de divorcio en el Código Civil Peruano	68
2.5.1. Trámite del proceso de divorcio	68
2.5.2. Legitimidad para obrar	71
2.5.3. Juez competente para dirigir el proceso de divorcio	72
2.6. Afectación de derechos en el proceso de divorcio	72
2.6.1. El libre desarrollo de la personalidad en las relaciones familiares	72
2.6.2. La autonomía de la voluntad en las relaciones familiares	75

2.6.3. El derecho constitucional al honor y buena reputación	78
2.6.4. Respeto al derecho a la intimidad personal y familiar	82
2.6.5. Tutela jurisdiccional efectiva	84
2.7. El divorcio en la legislación comparada	86
2.7.1. El divorcio en Argentina	86
2.7.2. El divorcio en España	89

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. Presentación de resultados	92
3.1.1. Respeto y optimización al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges	93
3.1.2. Dificultad probatoria que tiene el juez para desentrañar los motivos del divorcio	99
3.1.3. Minimización de la afectación de los derechos constitucionales a la intimidad, honor y reputación de los cónyuges involucrados	110
3.1.4. Obtención de Tutela Jurisdiccional Efectiva	123
3.1.5. Resultados	129

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE TRATAMIENTO A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO SIN EXPRESION DE CAUSA SUBJETIVA

4.1. Exposición de motivos	136
4.2. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional	137
4.3. Análisis costo beneficio	137
CONCLUSIONES	138
RECOMENDACIONES	140
LISTA DE REFERENCIAS	141

RESUMEN

Este trabajo de investigación tuvo como propósito determinar los fundamentos jurídicos para suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva en el Código Civil Peruano, para lograrlo se analizó la regulación del divorcio con expresión de causa subjetiva y las consecuencias que genera en los cónyuges, identificando si este tipo de divorcio garantiza la obtención de tutela jurisdiccional efectiva, y si su supresión atenta contra lo previsto en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú. Se recurrió a un diseño no experimental descriptivo desarrollado a partir de una investigación de tipo básica, donde se hizo uso de fuentes bibliográficas y análisis de resoluciones judiciales sobre el objeto de estudio. Los resultados establecen que los fundamentos jurídicos para suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva son: a) El respeto y optimización al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges, b) La dificultad probatoria que tiene el Juez para desentrañar los motivos del divorcio, c) Minimización de la afectación de los derechos constitucionales a la intimidad, honor y reputación de los cónyuges involucrados, d) La obtención de tutela jurisdiccional efectiva a través de la celeridad procesal.

Palabras clave: divorcio, causa subjetiva.

ABSTRACT

The objective of this research was to determine the legal grounds for suppressing divorce with the expression of a subjective cause in the Peruvian Civil Code, analyze the regulation of divorce with the expression of a subjective cause and the consequences it generates, identify if this type of divorce guarantees the obtaining effective jurisdictional protection, and determining if its suppression threatens the constitutional protection of the family and marriage provided for in Article 4 of the Political Constitution of Peru. For its development, a non-experimental descriptive design was developed, developed from a basic type of research where the general and specific methods of the research were used to elaborate the data collection sheets and analyze the content of the standard and the legislation. The documentary analysis led us to conclude that Divorce as a sanction, in our legislation is an outdated juridical figure that at present is generating the violation of fundamental rights such as privacy, honor and reputation; and where speed as a manifestation of effective jurisdictional protection is not reflected in divorce proceedings, on the contrary, the delay of these divorce proceedings due to subjective causes leads to an increase in the procedural burden of family courts.

Key words: divorce, subjective cause.

INTRODUCCIÓN

El matrimonio civil constituye uno de los pilares fundamentales de la sociedad, pues a través de él se protege a la familia, otorgando a su miembros derechos y deberes que le son inherentes; sin embargo, cuando esta unión conyugal se torna en intolerable al punto que su continuación afecta la salud psicológica y emocional no solo de los cónyuges, sino también de todos sus integrantes, se hace necesario su disolución.

El Código Civil Peruano en su artículo 333 inciso del 1 al 13 ha establecido causales por las cuales puede ser disuelto el matrimonio, entre las que se tiene las causales subjetivas o de inculpación-incumplimiento de los deberes conyugales- de un cónyuge frente al otro, y causales no inculpatorias u objetivas- separación de hecho y separación convencional; sin embargo, en la práctica judicial se observa que cuando se invoca las causales subjetivas o inculpatorias, las mismas ocasionan una serie de dificultades, así, al no encontrarse definidas muchas de dichas causales son de difícil demostración, dejando a la subjetividad del juez apreciar su configuración de acuerdo a la prueba aportada, cuya actuación también perjudica la intimidad personal y familiar de los cónyuges, quienes al someterse a un proceso de divorcio por causal subjetiva ven expuestas situaciones personales y familiares buscando acreditar la causa o motivo de la ruptura matrimonial; además, tomando en cuenta el diseño del proceso en el que se sustancia el divorcio por causal subjetiva, se observa que no solamente es un proceso con plazos latos y engorrosos, sino que, al existir más de una causal subjetiva para invocar el divorcio, permite al cónyuge demandado la posibilidad de reconvenir otra causal subjetiva con lo que se

dilataría aún más el proceso de divorcio. Finalmente, la invocación de estas causales subjetivas también trae implicancias en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges, pues la propia legislación civil peruana en el artículo 335° establece “la prohibición de fundar la demanda en hecho propio”, con lo cual, el cónyuge que propicio el incumplimiento de los deberes conyugales del matrimonio, no podría invocar dichas causales, y se vería atado a continuar atado a una relación resquebrajada por mucho tiempo.

Estando a lo expuesto, se ha creído conveniente analizar si la regulación que se hace en nuestra legislación respecto del divorcio es la adecuada y, a partir ello, se propone la supresión de las causales subjetivas con la finalidad de salvaguardar la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal y familiar y al honor de los cónyuges, así como garantizar la obtención de una tutela jurisdicción efectiva a través de un proceso célere, lo que no implica descuidar los efectos que ocasiona el divorcio, sino por el contrario proteger a la familia y evitar en menor medida problemas familiares que se genere como consecuencia de la necesidad de acreditar el motivo de la ruptura matrimonial.

En el desarrollo de la presente investigación se consideran cuatro capítulos, el primero capítulo desarrolla todo lo referido a los aspectos metodológicos, comprendiendo todos los componentes del problema, como son planteamiento, la formulación, los objetivos, la delimitación y las limitaciones de la investigación. El tipo y nivel de tesis, la elaboración de las hipótesis, los métodos y técnicas para su demostración, y el estado de la cuestión

El segundo capítulo desarrolla el marco teórico, constituido por doctrinas y teorías jurídicas relacionadas con las instituciones jurídicas de la familia, el matrimonio y el divorcio, se organiza a base de títulos y subtítulos, los cuales están estrechamente relacionados con los objetivos y los componentes de la hipótesis.

Como tercer capítulo se desarrolla la contratación de la hipótesis, donde se explica el proceso que se siguió para demostrar la hipótesis planteada, el cual se realizó en base al análisis, interpretación y discusión de los hallazgos encontrados teniendo en cuenta los objetivos planteados en la presente investigación.

Finalmente como capítulo cuarto, se plantea una modificatoria a la regulación actual del divorcio en nuestro Código Civil Peruano, proponiendo la supresión de las causales subjetivas previstas en los incisos 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil; seguido de las conclusiones, recomendaciones y lista de referencias empleadas.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Planteamiento del problema

1.1. Contextualización

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú¹, señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociendo a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad; sin embargo, ello no implica dejar de lado los derechos de los individuos que la conforman, por lo que dicho principio de protección familiar debe ser interpretado teniendo en cuenta los derechos constitucionales de los integrantes del grupo familiar.

En tal sentido, las disposiciones constitucionales que se refieren a la familia deben ser leídas a la luz de los derechos constitucionales de los integrantes del grupo familiar, ya que su cabal comprensión reclama ir más allá de una interpretación literal y aislada del artículo 4°, para acoger más bien una interpretación sistemática e integral de sus disposiciones².

De igual manera, en cuanto al principio de promoción que se hace del matrimonio (artículo 4° de la Constitución), este no debe ser entendido como una promoción al concepto o calificación jurídica como tal, sino a la realidad de éste. Dicha afirmación está respaldada por dos factores

¹ Artículo 4° de la Constitución: “La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio (...)”

² Principio de la unidad de la Constitución, señalado en la STC N° 5854-2005-PA/TC

jurídicos fundamentales: la existencia del divorcio y de las uniones de hecho. En cuanto a las segundas, nos damos cuenta que la existencia de su reconocimiento a nivel constitucional (artículo 5º de la Constitución³), se debe a que no se protege a la forma sino a la realidad matrimonial, por cuanto son vistas como una apariencia matrimonial, haciendo hincapié a la relación (de hecho) matrimonial y no al concepto jurídico.

Por otro lado, el divorcio también nos permite observar que la promoción constitucional del matrimonio no es al concepto sino a la realidad. Esta afirmación está muy bien incorporada en el pensamiento de Plácido Vilcachagua (2003 b) cuando afirma que *“la promoción del matrimonio trasciende en su indisolubilidad, toda vez que se expresa y reconoce la disolución del vínculo matrimonial por las causas que establezca la ley”* (p. 22). Es decir, que no existe una promoción de la perpetuidad del matrimonio, por cuanto el derecho no puede amparar ficciones e ir contra la realidad.

Es en este sentido que el legislador peruano ha creado causales específicas por las cuales debe ser disuelto. Así, nuestro Código Civil de 1984, en su artículo 349⁴ en concordancia con el artículo 333⁵, contempla

³ Artículo 5º de la Constitución: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

⁴ Artículo 349 del Código Civil: Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333 incisos 1 al 12

⁵ Artículo 333º del Código Civil: Son causales de separación de cuerpos: 1. El adulterio; 2. La violencia física y psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias; 3. El atentado

las causales de divorcio, entre las que se tiene las causales subjetivas o de inculpación (incumplimiento de los deberes conyugales) de un cónyuge frente al otro, y causales no inculpatorias u objetivas (separación de hecho y separación convencional). (Placido Vilcachagua, 2001a, p.37). Ahora bien, en cuanto a las causales subjetivas de divorcio observamos que en la práctica judicial, estas ocasionan una serie de dificultades; así al no encontrarse definido muchos de los conceptos de dichas causales en nuestro Código Civil y debido a la naturaleza limitada que las enviste, resultan de difícil demostración, dejándose al final al libre arbitrio del juez la configuración de dichas causales con su respectiva prueba.

Además, si bien toda ruptura matrimonial produce un menoscabo psíquico y emocional; en un proceso de divorcio por causal subjetiva, al buscar el juez desentrañar la causa o motivo de la separación; ambos cónyuges (principalmente el cónyuge al que se le atribuye la culpa) resultan perjudicados por las implicancias y repercusiones que la actividad probatoria haga recaer sobre los dos, al ver expuestas sus cuestiones personales y familiares dentro del proceso, agravando la afectación a sus derechos constitucionales al honor y buena reputación, y a la intimidad

contra la vida del cónyuge; 4. La injuria grave que haga insoportable la vida en común; 5. El abandono injustificado de la casa conyugal; 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347º; 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio; 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio; 10. La condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio; 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; 12 La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación de dispuesto en el artículo 335; 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

personal o familiar. Asimismo, su tramitación resulta muy engorrosa y dilatada, ello debido, no solo a la vía procedimental en que se sustancia, en la que existen plazos largos y una extensa actividad probatoria, sino, principalmente, a que en la práctica judicial, se ha advertido que al estar regulado más de una causal subjetiva en nuestro Código Civil el cónyuge demandado utilizando la reconvencción para invocar una nueva causal subjetiva, con lo cual se dilata aún más el proceso de divorcio.

Finalmente, la invocación de estas causales subjetivas también trae consigo implicancias en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges, pues la propia legislación civil en el artículo 335° establece la prohibición de fundar la demanda en hecho propio, con lo cual, el cónyuge que propicio el incumplimiento de los deberes conyugales del matrimonio, no podría invocar dichas causales, y se vería atado a continuar en una relación resquebrajada por mucho tiempo

Como experiencia de las dificultades que acarrear la invocación de las causales subjetivas de divorcio, tenemos la legislación argentina, la misma que, hasta antes de la vigencia de su Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁶, adolecía de estos mismos problemas. La Comisión Reformadora, dentro de los fundamentos de su ante proyecto, ha hecho notar que la supresión de las causales de divorcio obedece a

⁶ El texto final fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, mediante la Ley N.º 26 994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. El Código entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

que: “la experiencia judicial ha demostrado la dificultad probatoria que tiene el juez para desentrañar las verdaderas causas del divorcio, así como el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se cometen los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso.” (Duprat, 2015, p. 66).

La puesta en práctica de este código ha originado que en Argentina no existe el divorcio por causal subjetivo, siendo la única causal de divorcio la mera intención de separarse, con la sola voluntad de uno de los cónyuges o de ambos.

Con base en esta experiencia, resulta necesario conocer la realidad peruana para poder determinar si una reforma como la sufrida en Argentina es posible en nuestro territorio, con los mismos resultados. Como se ha hecho notar: “La ventaja del nuevo ordenamiento es que la sentencia de divorcio se dicte inmediatamente, sin óbice del debate pecuniario posterior, evitando dilaciones y especulaciones” (Hitters, 2015).

1.2. Descripción del problema

De la forma como se encuentra regulado el divorcio en nuestro Ordenamiento Jurídico Civil en los artículos 349 al 352, podemos establecer que se ha adoptado un sistema mixto del divorcio (divorcio sanción y divorcio remedio), puesto que se contempla causas subjetivas de inculpación (incumplimiento de los deberes conyugales de un cónyuge

frente al otro), conjuntamente con causas no inculpatorias (separación de hecho y separación convencional); a diferencia de la legislación argentina, que ha adoptado el sistema del divorcio liberal o sin expresión de causa subjetiva, en la que ambos cónyuges o cualquiera de ellos puede solicitar el divorcio sin necesidad de expresar el motivo de la ruptura matrimonial.

La práctica judicial ha demostrado que la forma como se encuentra regulado el divorcio en nuestro ordenamiento jurídico civil, no garantiza un sistema de justicia eficiente, pues al no encontrarse definido en nuestra legislación civil los conceptos sobre las distintas causales subjetivas que se invocan, y al ser éstas de difícil demostración, ocasiona que el juez las configure a su libre arbitrio. Además, evaluando el diseño del proceso en el que se sustancia el divorcio por causal subjetiva se observa que no solamente es un proceso con plazos latos y engorrosos, sino que además al existir más de una causal subjetiva para invocar el divorcio, permite al cónyuge demandado la posibilidad de reconvenir otra causal subjetiva con lo que se dilataría aún más el proceso de divorcio. Finalmente, la invocación de estas causales subjetivas también trae implicancias en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges, pues la propia legislación civil peruana en el artículo 335° establece “la prohibición de fundar la demanda en hecho propio”, con lo cual, el cónyuge que propicio el incumplimiento de los deberes conyugales del matrimonio, no podría invocar dichas causales, y se vería atado a continuar atado a una relación resquebrajada por mucho tiempo

En este orden de ideas, resulta de suma urgencia, suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva de nuestro Código Civil, para lo cual es necesaria una modificatoria.

1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva en el Código Civil peruano?

1.4. Justificación e importancia de la investigación

Justificación científica

La presente investigación es importante porque nos permitió conocer y analizar el instituto jurídico del divorcio y la forma como se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico civil así como en la legislación comparada, y a partir de ello, establecer si es posible suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva del Código Civil peruano e introducir un sistema de divorcio incausado como el regulado en Argentina, proponiendo una reforma legislativa, que permitirá proteger la dignidad de los cónyuges sin causar daños subjetivos.

Justificación técnica práctica

La importancia de nuestra investigación radica en que permitió conocer cómo se ha venido tratando el divorcio, pues una cosa es la regulación jurídica en abstracto y otra la forma en que ésta se aplica o funciona en la realidad. Así, esta investigación permitió identificar las virtudes y

deficiencias de la regulación en cuanto al divorcio, que en nuestro país aún se encuentra regulada bajo el modelo del divorcio causal.

Es preciso puntualizar, que a nivel local, las investigaciones respecto a la forma en que verdaderamente se está realizando el divorcio son escasas; en ese sentido esta investigación va a permitir cubrir un vacío del conocimiento.

Además la investigación permitió conocer si la legislación del divorcio aún resulta ser eficiente para la realidad actual, tomando en cuenta las concepciones nuevas sobre la familia, en donde se considera a las familias monoparentales y familias ensambladas, lo que significa que la institución de divorcio también puede cambiar, pero tomando en cuenta derechos y principios constitucionales como el principio de protección familiar y el de promoción del matrimonio reconocidos a nivel constitucional, en correspondencia con los principios de autonomía de la voluntad, libertad y dignidad.

En este sentido esta investigación permitió ingresar el debate jurídico sobre el divorcio, debate que lo están teniendo o han tenido distintas legislaciones.

Justificación institucional y personal

La investigación realizada será material de consulta para futuros trabajos de investigación sobre el tema tratado.

Asimismo, como profesional contribuirá a mi especialización.

1.5. Delimitación de la investigación

1.5.1. Espacial:

Parte doctrinal: territorio peruano

Parte empírica: Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca

1.5.2. Temporal:

Parte doctrinal: vigencia de la norma

Parte empírica: 2009-2014

1.6. Limitaciones

Consideramos como limitación el poco acceso a fuentes especializadas en el tema materia de investigación.

1.7. Objetivos de la investigación

1.7.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos para suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva en el Código Civil peruano.

1.7.2. Específicos

- a) Analizar si la regulación del divorcio con expresión de causa subjetiva o con atribución de culpa se condice con el respeto y con la optimización del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad.

- b) Establecer las consecuencias que genera el divorcio con expresión de causa subjetiva en los cónyuges.
- c) Verificar si el divorcio con expresión de causa subjetiva, garantiza la obtención de tutela jurisdiccional efectiva.
- d) Analizar si la supresión del divorcio con expresión de causa subjetiva del Código Civil peruano atenta contra la protección constitucional de la familia y el matrimonio previsto en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú.
- e) Plantear una propuesta de tratamiento a la regulación del divorcio sin expresión de causa subjetiva.

1.8. Hipótesis

Los fundamentos jurídicos para suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva en el Código Civil peruano son:

- a) El respeto y optimización al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges.
- b) La dificultad probatoria que tiene el Juez para desentrañar los motivos del divorcio.
- c) Minimización de la afectación de los derechos constitucionales a la intimidad, honor y reputación de los cónyuges involucrados.
- d) La obtención de tutela jurisdiccional efectiva a través de la celeridad procesal.

1.9. Metodología

1.9.1. Diseño de la investigación

El diseño de la investigación ha sido no experimental- descriptiva, puesto que si bien se plantea una solución idónea para los problemas que presenta el divorcio por causal, no se busca que esta sea plasmada en la realidad jurídica, por lo que no será necesaria la utilización de variables.

Esta investigación describió los elementos normativos referidos al divorcio por causal, que permitió identificar los fundamentos jurídicos para suprimir el divorcio con expresión de causa; y en base a estos elaborar las recomendaciones para suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva. Se recurrió a fuentes directas e indirectas que enriquecieron el conocimiento y motivaron el uso de la argumentación e interpretación jurídica.

1.9.2. Tipo de investigación

De acuerdo a la finalidad esta investigación es de tipo básica, debido a que se buscó determinar los fundamentos jurídicos para suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva en el Código Civil peruano, teniendo en cuenta la dificultad probatoria, la tutela jurisdiccional efectiva y los derechos constitucionales.

1.9.3. Métodos de investigación

1.9.3.1. Métodos generales

A. Analítico-sintético. Por este método se analizó la doctrina y la jurisprudencia existente sobre el divorcio por causal subjetiva, para luego en base a los hallazgos encontrados formular las conclusiones, que han sintetizado los argumentos de nuestra respuesta al problema.

B. Método inductivo.

Por este método se obtuvieron conocimientos de lo particular a lo general, es decir, a partir del análisis de cada institución jurídica involucrada en nuestro objeto de investigación se efectuaron generalizaciones con relevancia científica que permitieron sustentar nuestras afirmaciones en relación a la hipótesis planteada.

Se analizaron las instituciones jurídicas de la familia, el matrimonio, el divorcio con expresión de causa subjetiva, los derechos constitucionales al honor, buena reputación, intimidad así como la autonomía de la voluntad, para concluir o deducir si es posible suprimir el divorcio con expresión de causa subjetiva en nuestro ordenamiento jurídico civil. Además se analizó si el divorcio con expresión de causa subjetiva, afecta la tutela jurisdiccional efectiva por falta de celeridad procesal en los referidos procesos.

Asimismo se analizaron los expedientes judiciales sobre divorcio con expresión de causa subjetiva, para establecer si existe afectación a la tutela jurisdiccional efectiva por falta de celeridad procesal en los referidos procesos.

C. Sistemático.

Por este método se analizaron las disposiciones legales relacionadas a la familia, el matrimonio y el divorcio de una forma integral y sistemática; tomando en cuenta que la Constitución es la base del sistema jurídico.

1.9.3.2. Métodos propios del derecho

A. La argumentación jurídica.

En nuestra investigación se utilizó los aportes de la lógica y el razonamiento jurídico, para entender y elaborar los argumentos dogmáticos, sistemáticos y empíricos en general, que nos permitieron sustentar la respuesta a nuestro problema formulado.

Del mismo modo se utilizaron los argumentos basados en los principios generales del derecho.

B. Método dogmático.

Este método nos permitió hacer una labor reconstructiva de las instituciones jurídicas. Se trata de un trabajo de orden lógico que

parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual que aparecen expresadas en términos conceptuales y como tales han de reconstruirse y entenderse (Ramos Nuñez, 2000).

En otras palabras, este método permitió el análisis de la letra del texto normativo, en su descomposición analítica en elementos, en la reconstrucción en forma coherente de los mismos, arrojando por resultado una construcción o teoría jurídica (Quiroga Salazar, 1998).

En la presente investigación este método se empleó conjuntamente con el sistemático para analizar la familia sin dejar de lado que son conformadas por personas cuyos derechos deben analizarse de forma independiente, de ahí que este método es necesario al alcanzar un mayor rigor en teorizar. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho Comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia. Por ello su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias. (Ramos Núñez, 2005).

Esto significa que fue necesario recurrir a dos técnicas para la interpretación dogmática, la del análisis comparativo de sistemas jurídicos extranjeros y el análisis de contenido en general.

1.9.4. Unidad de análisis y unidad de observación

1.9.4.1. Unidad de análisis

- **En cuanto al aspecto doctrinario**

Doctrina y Jurisprudencia respecto al divorcio con expresión de causa subjetiva. Se ha tomado como ejemplo las siguientes casaciones:

- a. Casación N° 5517-2009-Cajamarca
- b. Casación N° 3562-2013-Lima Norte
- c. Casación 5060 – 2011 HUAURA

- **En cuanto al aspecto empírico**

Se tuvo como unidad de análisis los expedientes judiciales que sobre divorcio por causal existen en el Poder Judicial de Cajamarca en los años 2009-2014, para lo cual se utilizó una muestra no probabilística por conveniencia, llamada así a la muestra que se encuentra dentro de las investigaciones cualitativas que no buscan una probabilidad estadística en sus hallazgos. Sino que de lo que se trata en este tipo de muestra es de “seleccionar” los casos disponibles a los cuales tenemos acceso.(Hernández Sampieri. Fernández Collado. Baptista Lucio, 2014, p. 390), por ello se seleccionó un número de 14 expedientes sobre divorcio por causal subjetiva u objetiva que se encuentran, con sentencia firme, en los Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, a los cuales se tuvo

acceso por encontrarnos laborando en dicho Órgano Jurisdiccional, ello con la finalidad de calcular el tiempo que demora su trámite.

1.9.4.2. Unidad de observación

Artículos 333°, 349° al 352° del Código Civil, y los artículos 2° y 4° de la Constitución Política peruana.

1.9.5. Técnicas e instrumentos de investigación

La información se recopiló a través de:

A. Casuística

Se evaluaron expedientes judiciales sobre divorcio por causal subjetiva y objetiva que existen en los Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca en los años 2009- 2014, para demostrar que a comparación de los procesos de divorcio por causal objetiva, los de causal subjetiva tienen una tramitación más amplia y más engorrosa, Se evaluó el tiempo que inició el proceso y la fecha en que se obtuvo la sentencia firme, para lo cual se utilizó la ficha de recolección de datos.

B. Fichas de recolección de datos

Se evaluaron documentos y publicaciones sobre divorcio por causal subjetiva, y se verificó las dificultades que conlleva su

invocación, desde la dificultad probatoria que tiene el juez para desentrañar los motivos de la separación, y la afectación a los derechos al honor, intimidad personal y familiar, para lo cual se empleó la ficha de recolección de datos.

C. Análisis de contenido

Lo que busca el análisis documental es “Informar al usuario sobre el contenido preciso de los documentos” (Castillo, 2005, p. 8). Por lo que se trata de una técnica para describir sistemáticamente la forma y el fondo del material escrito o hablado, a través de ella se obtuvo información relevante respecto al contenido no solo normativo del divorcio, sino también respecto a la jurisprudencia y doctrina en dicho tema. Como instrumento se recurrió a las fichas de registro (textuales, de resumen y de comentario); asimismo para los resúmenes se usaron las fichas de lectura y hojas guía que permitieron conocer con exactitud el pensamiento del autor consultado.

D. Análisis comparativos de sistemas jurídicos extranjeros

Este análisis se efectuó teniendo en cuenta los sistemas jurídicos que tienen vinculación con el nuestro. A través de esta técnica se pudo establecer el tratamiento jurídico que se le da al divorcio en otros ordenamientos jurídicos; se aplicó como instrumento para recopilar datos la ficha de resumen.

1.9.6. Técnicas para el procesamiento y análisis de la información

En cuanto a la parte dogmática jurídica, este criterio se subsume en el análisis documental, de este modo se examinaron los documentos referentes al estudio y al contexto para interpretarlos y encontrar los elementos esenciales y sus relaciones con el tema de investigación, teniendo en cuenta que se integra un sistema de normas en las distintas ramas del ordenamiento jurídico para regular ámbitos de la vida en sociedad. (Villabella, 2009)

En cuanto al aspecto empírico se analizó el tiempo de duración de los procesos de divorcio por causal subjetiva u objetiva de los años 2009 a 2014 que se tramitaron en los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, para lo cual se realizó una tabulación manual de los datos recolectados, y, de esta forma demostrar la demora en su trámite.

1.10. Estado de la cuestión

En nuestra búsqueda, se ha encontrado que existen investigaciones sobre el derecho de familia en general y el divorcio en específico, están aquellas que se preocupan por el concepto mismo de familia, las de violencia familiar y las de uniones de hecho.

Respecto al divorcio Allison Sánchez Arregui (2018) realizó una investigación de pre grado en la Universidad Central del Ecuador, titulada *“El divorcio sin expresión de causal, su perspectiva de incorporación en el derecho civil ecuatoriano”*, donde se concluyó que la realidad fáctica en que

se desenvuelve la sociedad ha evidenciado un incremento en los divorcios en el Ecuador, donde las motivaciones para que las parejas adopten la decisión de dar por terminado el matrimonio obedecen a aspectos muy distintos como la violencia intrafamiliar y el abandono voluntario del hogar. Por lo tanto la incorporación del divorcio con expresión unilateral de la voluntad, permitiría que, especialmente en los casos de violencia intrafamiliar, las víctimas pueden interponer procesos de terminación del matrimonio bajo esta modalidad.

Dávila Sevillano (2009) afirma que actualmente mediante el Poder Judicial, para que se realice la separación (divorcio) por mutuo acuerdo tiene un tiempo aproximado de duración de más de un año de tiempo, además de gastos en honorarios de abogado, tasas judiciales, cédulas y otros, que sumados a las horas/ hombre resultan angustiantes en la mayoría de los casos para las partes procesales, en cambio si se realiza este trámite por ante la Municipalidad o Notaría, este será más beneficioso para las partes que deseen separarse.

Espinoza Orrego (2007), trata sobre la protección legal de las uniones de hecho o concubinato en el Perú. El autor buscó analizar la protección legal del concubinato en Perú considerando aspectos teórico-doctrinarios de la legislación nacional e internacional. Además, se hizo un estudio empírico que la pudiera respaldar, con el objetivo de conocer su cuasi abandono. Se hizo un análisis de sus antecedentes, definiciones, componentes, causas, clases, problemática y soluciones mediante proyectos legislativos. Según

indica sus hallazgos del estudio empírico indicaron ausencia de significación estadística entre casados y convivientes con respecto al concubinato; así mismo, se propone la urgencia de legislar y proteger integralmente el concubinato peruano, recomendándose un proyecto de Ley General al respecto.

A nivel local, se ha encontrado una investigación titulada “Razones jurídicas para implementar el divorcio incausado en el sistema civil peruano” realizada por Yonatan Arbulú (2016), donde propone acelerar la disolución del vínculo conyugal y salvaguardar la dignidad de los cónyuges, quienes, al someterse a un proceso de divorcio por causal no sólo exponen sus vidas privadas e íntimas en el fuero civil, lo cual afecta la dignidad, honra y honor, buscando reivindicar la manifestación de voluntad como elemento tanto constitutivo del matrimonio, como para su propia disolución. Para ello propone la disolución del vínculo conyugal y el cese de las obligaciones conyugales, en un proceso judicial especial, donde no se requiera expresar la causa del divorcio; sin afectar las etapas contenciosas que protejan las demás instituciones jurídicas familiares y los derechos de los demás integrantes de la familia, como son: patria potestad, alimentos, tenencia, régimen de visitas, liquidación de la sociedad de gananciales, etc.

Ruiz Bazán (2013), con su investigación que versa sobre la naturaleza jurídica de una de las consecuencias patrimoniales del divorcio por causas no inculpativas, o mejor denominado como divorcio remedio, pues en el art. 345^o-A se estipula que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación, por lo que deberá señalar una

indemnización por daños. La investigación se propuso identificar la naturaleza jurídica de esa “indemnización”, la cual deslinda toda vinculación con la teoría de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta que los criterios son muy diferentes a la identificación de algún daño resarcible digno de tutela. Además, se hizo uso del derecho comparado (doctrina italiana) para afirmar que responde a la figura de indemnización, la cual se aplica muy al margen de la existencia de factores de atribución. Pues la indemnización tiene su fundamento en el desequilibrio patrimonial desplegado hacia una de las partes.

En cuanto al concepto de familia en la investigación de Bringas Flores (2006) notamos que se realizó un análisis del paradigma familia, a través del estudio de sus orígenes y su concepción en la actualidad. Para lo cual tuvo que determinar los cambios que jurídicamente ha sufrido la familia como paradigma, estudiar cuál es el tratamiento normativo de la familia en la legislación peruana, determinar si el concepto normativo de familia, condiciona los supuestos de hecho en la violencia familiar; estudiar si la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar protege a la familia. Se llegó a concluir:

La familia jurídicamente carece de un concepto normativo propio, que precise sus elementos constitutivos. Ello genera inconsistencias conceptuales y de aplicación al momento de calificar un acto o una omisión producida entre personas como “violencia familiar”, según lo contemplado en el artículo 2º de la Ley Nº 26260 y en especial sobre los sujetos activos o pasivos que pueden verse comprendidos en ella.

Esta tesis es importante para nuestro estudio pues deja en claro que el concepto de familia ha ido cambiando por el tiempo y que, jurídicamente, no se ha dejado regulado su concepto en nuestro medio.

En cuanto a las uniones de hecho, existe una investigación socio-jurídica de Pajares Acosta (2003) llevada a cabo en el barrio la esperanza de la ciudad de Cajamarca y en el distrito de los Baños del Inca. La autora parte de las siguientes hipótesis:

La precaria condición económica y el bajo nivel inductivo son los factores que más influyen en el alto índice de concubinatos en el barrio urbano marginal la esperanza y en la localidad de Llacanora; la insuficiente normatividad jurídica en torno a la figura del concubinato, así como la falta de conocimiento de la misma genera diversos problemas legales en la población de la localidad.

Sin embargo, en la conclusión que más se aproxima a su hipótesis es la tercera, en donde sostiene que:

En la constitución política de 1979 así como en la de 1993 aún vigente, se ha intentado regular el fenómeno del concubinato; pero solo en lo concerniente al aspecto patrimonial; es decir, en los que respecta a la propiedad de los bienes de los concubinos; en consecuencia, consideramos que esta manera de legislar no corresponde a un problema social tan difundido en nuestro país como lo

es la formación de uniones concubinarias; que por su misma naturaleza y permanencia en el tiempo, merece mejor espacio legislativo. (2003, p. 320)

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. La familia

El término “familia” procede del latín familia, que significa “grupo de siervos y esclavos de los principales activos de la gens”, también deriva de “famulus”, siervo o esclavo, que a su vez deriva del osco *famel*. El término abrió su campo semántico para incluir también a la esposa e hijos del pater familias, a quien legalmente pertenecían, hasta que acabó reemplazando a gens.

Para Cornejo Chávez, la etimología es dudosa, así, puede significar hambre (del latín famēs), por lo que puede aludir a que en el seno de la familia las personas satisfacen sus necesidades primarias. También puede significar siervo (del latín famulus), porque la familia romana incluía a gentes de condición servil como los esclavos, o porque los miembros de la familia romana estaban servilmente sometidos a la voluntad del pater. (1999, p. 13)

Eso significa que desde sus orígenes etimológicos resulta difícil tener una definición adecuada de familia. No obstante, en la actualidad, en los países desarrollados, una familia se define a menudo como un grupo de personas afiliadas por los parientes de sangre o lazos legales, como el matrimonio o la adopción o la descendencia de antepasados comunes. Muchos antropólogos sostienen que la noción de “pariente” debe entenderse en un sentido metafórico; algunos sostienen que hay muchas sociedades no

occidentales donde la familia se entiende a través de conceptos diferentes de los de la “sangre” (Silva Santisteban, 1998, p. 55).

2.2. La familia: Protección Constitucional

La familia hasta antes del siglo XX fue regulada por la religión, las costumbres y en parte por un derecho casi inmemorial, la Constitución de Weimar fue la primera que recibió a la familia con todos los honores; tomó al matrimonio como fundamento de la vida de la familia, de la conservación y del crecimiento de la nación, poniéndola bajo la protección de la Constitución (Velloso Jiménez, 1979, p.8).

La Constitución de 1979 regula por primera vez en nuestra tradición constitucional a la familia. Ello se debe al proceso histórico de integración mutua entre el dominio privado y el dominio público; en el cual los espacios propios de la sociedad civil y del Estado van superponiendo respectivamente sus fronteras competenciales, asegurando, de esta manera la incorporación de las principales normas y reglas del mundo civil a la Constitución Política. Pero también opera el proceso inverso según el cual, la Constitución como expresión de la “esfera pública burguesa se desarrolla en el sentido de las tensiones que enfrentan al Estado y a la sociedad, pero de tal manera que al cabo de ésta evolución queda como parte integrante del dominio privado (Landa Arroyo, p. 127).

La referida Carta Magna en su artículo 5º establecía que: “El Estado protege el matrimonio y la familia como una sociedad natural y fundamental

de la Nación”. Y en sus artículos 10º y 11º señalaban que: “Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa en vida y también a una sepultura gratuita para sus integrantes, después de muertos, sobre todo, cuando se dispone de los medios económicos suficientes”.

Por el contrario, en nuestra actual Constitución Política, la disposición constitucional que específicamente trata sobre la familia es la prevista en el artículo 4 que establece: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)”. (Ramírez Vela, 2018 p. 43)

Como se puede advertir de la lectura del texto legal, la actual Constitución peruana no define a la familia ni la identifica de manera exclusiva con un modelo único. Esta ha ido cambiando su configuración a lo largo del tiempo debido a la influencia de diferentes factores. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional en el EXP.Nº09332-2006-PA/TC, quien al resolver el recurso de agravio constitucional presentada por Reynaldo Armando Shols Pérez (2006), ha expresado lo siguiente:

(...) La aceptación común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por

los padres y los hijos que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en parentesco. (EXP.N°09332-2006-PA/TC: Fundamento N° 6)

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas". (EXP.N°09332-2006-PA/TC: Fundamento N° 7)

De lo antes dicho, se colige entonces que la familia como célula básica de la sociedad y de la humanidad necesita de protección sin importar la forma como está conformada, hecho que ha sido reconocido por la propia Constitución en el referido artículo 4ª, conforme al cual el Estado vela por el respeto, seguridad, protección y todo en cuanto le favorece a la familia a modo de seguridad, sin importar su origen, condición, ni calidad de sus integrantes, enunciando deberes y derechos que debe ser cumplidos a fin de fomentar la solidaridad social.

Otro caso particular en el que el Tribunal Constitucional ha reconocido otras formas familiares distintas a la tradicional es el analizado en la sentencia recaída en el Expediente N^o 06572-2006-PA/TC, en el cual la Primera Sala del Tribunal Constitucional, determinó que procedía reconocer la pensión de sobrevivientes a la pareja de hecho supérstite, a pesar de la omisión expresa del Decreto Ley N^o 19990, en atención a que la unión de hecho es un tipo de estructura familiar, y por tanto, el Estado debe protegerla; más aún que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante.

Se tiene asimismo el caso en que el citado tribunal, determinó que es arbitraria la negación de un club privado de esparcimiento de otorgar carné familiar a la hijastra del demandante, por no considerarla como su hija, más aún cuando la finalidad de dicho tipo de asociaciones es prestar espacio a los familiares de los asociados reforzando de esta manera la unidad familiar. Así, a decir del máximo intérprete de la Constitución, es injusta la diferenciación efectuada entre hijos biológicos e hijos afines (hijastros) cuando se trate de familias reconstituidas o ensambladas, donde exista una relación estable, pública y de reconocimiento. Y en tal sentido, toda normativa o acción que conlleve tal distinción, colisiona con el principio de protección de la familia, ante lo cual, el Estado tiene el deber de tutelar la organización familiar, protegiéndola de posibles daños y amenazas, provenientes no solo del mismo Estado sino también de la comunidad y de los particulares (Exp. 09332-2006-PA/TC).

Estando a lo expuesto podemos colegir entonces, que al no encontrarse identificado en el referido artículo 4ª de nuestra Constitución Política, un tipo en específico de familia, se debe entender que cualquier estructura familiar, sin importar su conformación o la condición de sus integrantes, es merecedora de protección por parte de la Comunidad y el Estado, quienes están obligados a actuar en procura de su consolidación y fortalecimiento.

Así, a decir de Varsi Rospigliosi (2011), la realidad nos demuestra que son cada vez más numerosas las familias que no tienen como base el casamiento de lo que se podría colegir, que la protección a la que se hace referencia, no sólo está destinada para el tipo de familia que tiene como fuente de constitución el matrimonio, sino para todo tipo de familias, sin importar el origen de éstas, su condición, ni calidad de sus integrantes, pues además, del análisis del referido precepto normativo, se advierte, que su reconocimiento a nivel constitucional responde a una estructura general, careciendo de un modelo específico, por tanto se muestra abierta a distintos tipos de organización familiar, como por ejemplo: a) las familias monoparentales, constituidas por un solo padre, ya que se trate de un progenitor soltero, divorciado o viuda; b) las reconstituidas formados por solteros divorciados, viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él; c) las uniones de persona que, sin poder procrear confluyen como una unión de asistencia compañía, afecto y socoro mutuo; entre otras.

De lo que podemos inferir entonces que el Estado protege a la familia como institución y como fuente de relacionamiento de sus integrantes enunciando deberes y derechos que deben ser cumplidos a fin de fomentar la solidaridad social, pero sin que ello implique que su reconocimiento va expresamente dirigido a la familia proveniente de un vínculo matrimonial.

Ramos Nuñez (s.f.) señala que aparte del análisis jurídico de la familia es preciso reconocer el aportes de las ciencias sociales en un país pluricultural como el nuestro, donde no puede imponerse válidamente un solo modelo familiar; y donde nuestro sistema jurídico debería acoger otras formas de regulación de la familia.

Proteger a la familia implica reconocer sus formas de constitución (matrimonio, unión estable, filiación), de disolución y debilitamiento (divorcio, muerte, separación de hecho, ausencia, decisión judicial, impugnación de paternidad). Asimismo, existen ciertas situaciones jurídicas que no crean status pero que han originado discusión sobre si constituyen o no familia: hijo alimentista, esponsales y matrimonio putativo. La protección de la familia también se ve representada en el fomento de la paternidad responsable, la constitución del patrimonio familiar, el reconocimiento de los padres como jefes de familia, el reconocimiento de la corresponsabilidad paterna y la igualdad entre los miembros de la familia. (Varsi Rospigliosi, 2011)

En este orden de ideas podemos decir que por este principio basilar se evidencia una protección a la familia en general, sin importar cuál sea de origen, tipología y la diversidad de formas; la familia no es una, por el contrario, es el momento que a través de este principio se reconozca la variedad de entidades familiares.

2.3. El matrimonio: principio de promoción del matrimonio

Al igual que el término familia, el de matrimonio deriva de vocablos latinos, en este caso los de *matris* y *muniuní*, que significan carga o gravamen para la madre (Ossorio, 2003, p. 606). No reconocen en cambio la misma raíz etimológica los sinónimos de matrimonio en Francia, Italia e Inglaterra, por ejemplo, donde se habla de *mariage*, *maritaglo* y *marriage* respectivamente, palabras todas derivadas de marido.

Nuestro Código Civil en su Art. 234 señala al matrimonio como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.

Zapata Avellaneda (2017) señala que el matrimonio implica un conjunto de deberes y derechos de que regulan la institución de la familia y señala al matrimonio como la base de la unidad familiar.

Para Ibérica Carrillo (2014) el matrimonio va más allá de una simple unión de varón y mujer, es un fenómeno social en cuanto a sus determinadas

características y consecuencias. Por ello es preciso entender al matrimonio como reconocimiento social de una relación con beneficios legales que busca hacer vidas nuevas.

En la anterior Constitución Peruana, la de 1979, se recogió el principio de protección del matrimonio, por el cual se sostenía que la familia que se protegía era la de base matrimonial. Sin embargo, actualmente se recoge el principio de promoción del matrimonio. En efecto, la Constitución actual ha precisado, en el segundo párrafo del artículo 4, que el principio es de promoción del matrimonio. Esto significa, según Plácido Vilcachagua (2003):

(...) que en el sistema constitucional la familia es una sola, sin considerar su origen legal o de hecho. Este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación; alcances que hemos sugerido incorporar en el texto del artículo 234 del Código Civil con el siguiente tenor: “La regulación jurídica del matrimonio tiende a favorecer su celebración y convalidación”. Esta previsión determinará que se replanteen los capítulos referidos a la celebración y a la invalidez del matrimonio”.
(pp. 22-23)

Entonces esto significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil, estableciendo esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la ley.

En este mismo sentido Varsi Rospigliosi (2011), refiere que la base de este principio es incentivar, fomentar y estimular a que las personas se matrimonicen, lo que no implica proteger únicamente al tipo de familias provenientes del matrimonio, sino que lo que se busca es conservar más el vínculo matrimonial, ya sea de forma directa (incitar a que se casen), o preservando el vínculo (dejando de lado los vicios al momento de su celebración) o aligerando su realización (diversas formas de celebración), sin que ello implique que el Estado reconoce únicamente como familia aquella que tenga bases matrimoniales (p. 136).

2.3.1. Regulación jurídica del matrimonio en el Código Civil

El matrimonio está normado en la sección primera del libro III (Derecho de Familia) del Código Civil vigente, en el artículo 234^o el cual prescribe: El matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de éste Código, a fin de hacer vida en común; teniendo el marido y la mujer en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes, responsabilidades iguales.

La diferencia de la regulación actual del matrimonio, con la del Código Civil de 1852, se circunscribe a que en éste último se consideraba al matrimonio como la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana, (así se desprende de su artículo

132)⁷; es decir, en ésta normatividad, se agrega el componente de la perpetuidad del matrimonio hacia la conservación de la especie humana, situación que ha desaparecido en el actual Código del 1984, acotando que la perpetuidad del matrimonio, en cuanto al vínculo matrimonial, subsistía luego de divorciarse los cónyuges, tal como lo previó el artículo 191⁸ del Código Civil de 1852, haciendo una referencia directa a la separación de cuerpos o divorcio relativo. El Código Civil de 1936 no definió el matrimonio dejando dicha labor a la tarea interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora bien, tanto en el Código Civil de 1852 como en el de 1936, cuando trata de los elementos del matrimonio se refiere a los sujetos que intervienen en dicha figura jurídica, los cuales son el hombre y la mujer. Con el Código Civil de 1984, los elementos estructurales o condiciones esenciales del matrimonio previstos en el artículo 234^o son: la diversidad de sexo de los contrayentes, haber alcanzado la pubertad legal (18 años), el consentimiento matrimonial, y la observancia de la forma prescrita con la intervención de la autoridad competente para su celebración.

A. La diferencia de sexos

Es la primera condición de aptitud que tiene por finalidad posibilitar la procreación humana, sin que sea indispensable, pero la ley exige que

⁷ Artículo 132^o del Código Civil: Art. 132. Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana.

⁸ Artículo 191^o del Código Civil: Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial.

la unión sea de un varón y de una mujer, en estricta consideración al principio monogámico que adopta nuestro sistema, a despecho de que en la realidad pueda darse como se tiene expuesto precedentemente. (Peralta Andía, 2002, p. 113)

B. La pubertad legal

Para Gallegos Canales & Jara Quispe, en la celebración de un matrimonio válido y lícito no solamente se exige la diferencia de sexos, sino haber alcanzado la pubertad legal (18 años), lo que implica haber alcanzado una triple aptitud: física, psicológica y económica. La primera se expresa en la capacidad genésica de las personas; la segunda, en la aptitud para entender la trascendencia social que tiene el matrimonio y los deberes que de él se originan y; la tercera en la capacidad pecuniaria, necesarias para el sostenimiento de los miembros de la familia. (2008; p. 224)

C. Consentimiento matrimonial

El matrimonio es pues un acto que supone voluntad y por tanto capacidad y consentimiento de los contrayentes. Es decir, es el propósito de los contrayentes de tomarse y recibirse como marido y mujer.

D. Cumplimiento de formalidades

Es decir, el cumplimiento de una serie de actos anteriores y concomitantes al acto matrimonial requerido para el reconocimiento

del vínculo conyugal, así como la intervención del funcionario competente para que pueda ejercer el control de la legalidad.

La ausencia de estos presupuestos estructurales provoca la inexistencia o la invalidez del matrimonio.

Ahora bien, es evidente que el matrimonio válidamente celebrado termine de diferentes modos, como los que a continuación se señalan:

- a) Por muerte de uno de los cónyuges o de ambos, así el artículo 61º del Código Civil actual previene que la muerte pone fin a la persona.
- b) Por declaración de muerte presunta (artículo 63º del Código Civil).
- c) La declaración de invalidez, así los artículos 274º y 277º establecen los casos en que el matrimonio es nulo o anulable.
- d) Por declaración de divorcio, así el artículo 348º del Código Civil determina que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

2.4. El divorcio

La palabra divorcio, etimológicamente deriva del término latino “divortium”, que a su vez proviene del verbo “divertere”, que significa separarse o irse cada uno por su lado.

En sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida en que el matrimonio consiste, por ruptura del vínculo conyugal o por separación de los consortes. La noción comprende tanto al denominado

divorcio absoluto y al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica (Peralta, 2002 p. 305).

Por su parte Varsi Rospligiosi (2011), afirma que la noción de divorcio proviene del verbo latino “divertere” que significa cada cual por su lado, consiste en la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo a los ex cónyuges su capacidad para contraer matrimonio (p. 319).

Bosseter y Zannoni aseveran que “se denomina divorcio vincular (...) a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. El divorcio constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges, sin perjuicio de la validez y subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia paso en autoridad de cosa juzgada (citado por Gallegos & Jara, 2008, p. 221)

En este sentido, tomando en cuenta lo previsto en el artículo 348° de nuestro Código Civil, podemos decir que el divorcio es una institución del derecho de familia que consiste en la disolución del vínculo matrimonial, por decisión judicial, por causas establecidas en la ley y que pone fin a la vida en común de los esposos.

2.4.1. Doctrinas que sustentan el divorcio

Muchos autores consideran al divorcio como un “mal necesario”, que se sustentan en las doctrinas siguientes: la del divorcio-repudio, la del divorcio-sanción y la del divorcio-remedio.

A. Doctrina del divorcio-repudio

Esa doctrina admite el divorcio como un derecho de uno de los cónyuges, propiamente del varón para rechazar y expulsar al otro cónyuge de la casa conyugal, la mayor parte de las veces, sin explicar las razones (Peralta, 2002, p. 307)

El deuteronomio autorizaba al marido repudiar a su mujer cuando ya no le agradaba debido a una causa torpe, a cuyo efecto le entregaba una “carta de repudio”, despidiéndola de la casa.

El Corán, también estatuye el repudio en favor del varón, al que le basta repetir tres veces en forma pública ¡yo te repudio! para que se disuelva el vínculo matrimonial. La doctrina ha sido adoptada en los países musulmanes o islámicos, donde el matrimonio se disuelve por repudio y también por sentencia judicial o apostasía del Islam.

B. Doctrina del divorcio - sanción

Se denomina también divorcio subjetivo o de culpa de uno de los cónyuges. Se formula como el castigo que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio, fundándose en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales imputables a uno o ambos cónyuges. Peralta (2002) señala que el divorcio se basa en:

- a) El principio de culpabilidad, según el cual el divorcio se genera por culpa de uno de los esposos o de ambos, de tal modo que uno será culpable y el otro inocente, por tanto, sujeto a prueba
- b) La existencia de causales para el divorcio, esto es, en causas que están previstas en la ley, que en total son doce de acuerdo con nuestro sistema.
- c) El carácter punitivo del divorcio, ya que la sentencia que declara disuelto el vínculo conyugal es un medio para penalizar al culpable por haber faltado a los deberes y obligaciones conyugales, que consiguientemente supone la pérdida del ejercicio de la patria potestad, la condena a una prestación alimentaria, la pérdida de los gananciales, la pérdida de la vocación hereditaria etc.

C. Doctrina del divorcio- remedio

Llamada también por ruptura del matrimonio como realidad social, sin hacer referencia a la culpa de esa ruptura. Esta forma o modelo de divorcio no se basa en alguna culpa o incumplimiento de los deberes propios del cónyuge, sino en la ruptura de la realidad convivencial o de la comunidad del matrimonio (Plácido Vilcachagua, 2001; p. 15)

Esta posición o teoría parte de reconocer “desde un punto de vista científico-psicológico que es difícil o muy excepcional que el marido o la mujer, que a menudo son también padre y madre,

tengan tal o cual comportamiento en la vida conyugal solamente como consecuencia de la maldad o bondad y que por tanto merezcan un premio o un castigo. El matrimonio se asienta en la relación amorosa entre un varón y una mujer con todas sus derivaciones sentimentales y sexuales, siempre complejas, las que están marcadas por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, sexuales y emocionales en los cuales es difícilísimo hablar de culpa de éste o aquel. (Cantuarias Salaverry, 1991, p. 48)

Con respecto a las causales de divorcio, no pueden determinarse objetivamente como si estuviéramos ante un contrato donde es posible establecer criterios de incumplimiento y resolución, y por otro lado, las mismas son casi siempre la exteriorización de un estado de cosas que lo han hecho posible. Son un síntoma de un quiebre y no la causa de él.

2.4.2. Posición de nuestro ordenamiento jurídico civil

Los Códigos de 1936 y 1984 adoptaron la doctrina del divorcio-sanción. Sin embargo, con la reforma efectuada por Ley N°27495 del 07 de julio del 2001 se incorporan modificaciones importantes en la regulación del Código Civil sobre la materia, consagrándose la nueva doctrina del divorcio-remedio, pues se introduce dos nuevas causales de divorcio, las previstas en el numeral 11° y 12° del artículo 333° del Código Civil, esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo

ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial, causales que son propias de la doctrina del divorcio remedio, en su modalidad de causal objetiva la primera y de causal genérica de divorcio quiebre la segunda.

Estando a lo expuesto podemos decir, que el sistema peruano contempla, por un lado, causas subjetivas o inculpatorias propias del sistema del divorcio-sanción y, por otro, causales objetivas o no inculpatorias como la separación de hecho y la separación convencional pertenecientes a la doctrina del divorcio-remedio que sin duda se ajustan a nuestra realidad, por consiguiente, podemos afirmar que se ha adoptado el sistema intermedio o mixto.

2.4.3. Causales del divorcio

Como ya se ha indicado precedentemente, nuestro Código Civil inicia el tratamiento legal del divorcio estableciendo de modo expreso y conciso su principal y más importante efecto, así leemos en el artículo 348° que: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio”. Por otro lado, en su artículo 349° dispone que el divorcio pueda demandarse por las causales que establece el Código en los incisos 1 al 10 de su artículo 333° (Cornejo Fava, 2011 p. 896).

Ahora bien, dentro de estas causales de divorcio contempladas en el referido artículo 333° incisos de 1 al 10 tenemos: 1. El adulterio; 2. La violencia física y psicológica que el juez apreciará según las

circunstancias; 3. El atentado contra la vida del cónyuge; 4. La injuria grave; 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo; 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía; 8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio; 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio; 10. La condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio; 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuvieran hijos menores de edad; 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

En este sentido, resulta pertinente desarrollar cada una de estas causales:

A. El adulterio

Etimológicamente, se deriva de las palabras latinas “alterius y torus” que significa lecho de otro; asimismo también procede de la palabra latina “adulterium” derivada del verbo “adulterare” que significa seducir a una mujer casada, viciar o falsificar algo. Se trata de una de las causales con mayor incidencia en la realidad, entendida como una unión sexual ilegítima. (Carbonell Lazo, 2006, p. 127).

Para Bossert y Zannoni, “(...) se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello, de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos (citado por Hinostroza, 2008, p. 189).

A decir de Gerardo Trejos enseña que el adulterio: “(...) consiste en las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con terceros. Entonces viene a ser una causa indirecta, inculpatoria y perentoria que genera la disolución del vínculo matrimonial, que consiste en la violación del deber de fidelidad en el trato sexual que mantiene un cónyuge con persona distinta de su consorte”. (Citado por Peralta, 2002, p. 310)

Hinostroza (2008), citando a Suarez Franco, señala que son elementos constitutivos del adulterio:

- a) El Objetivo, constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, porque esta causal se vincula con un tipo de acto sexual (peneano-vaginal), de ahí que las relaciones mantenidas entre homosexuales o lesbianas no tipifican actos adulterinos, sino conductas deshonrosas.
- b) El Subjetivo, de contenido psicológico, que consiste en el propósito deliberado de un cónyuge para mantener relación sexual con tercero fuera del matrimonio, por eso el acto sexual cometido por violación o por quien sufre de

trastornos de conciencia por un estado hipnótico, por efectos de drogas o del alcohol, no permite se configure la causal, por esa mismas razón la inseminación no consentida no implicaría adulterio; la simple tentativa tampoco constituye causal que origine la disolución del lazo nupcial, menos los actos preliminares al coito. (p. 188)

Los requisitos para instaurar el divorcio por esta causa son: a) que exista un vínculo matrimonial de naturaleza civil, esto es que sea formal, b) Que el adulterio sea real y consumado, pues tiene que haber necesariamente cópula sexual y sea susceptible de comprobación, c) Que sea consciente y voluntario, vale decir, que medie el elemento intencional por parte del cónyuge infractor del deber de fidelidad, d) Que constituya grave ofensa para el otro cónyuge, pues es indispensable que el ofendido no lo haya provocado, consentido, ni perdonado, de ahí que la cohabitación posterior al adulterio impida iniciar o proseguir la acción, f) Que no se sustente en hecho propio (Peralta, 2002, p. 311)

Con relación a la prueba del adulterio, la misma tiene en la práctica una seria dificultad, pues no es fácil conseguir evidencia del acto sexual (ilegitimo) que se realiza en la intimidad. Sin embargo, ante estos inconvenientes surgidos en la práctica, nuestros tribunales coincidieron en admitir la prueba de presunciones siempre que éstas fueran graves, precisas y concordantes, es decir, que

permitan conducir natural y razonablemente a la convicción de que se está en presencia de una relación adulterina. (Carbonell Lazo, 2006, p. 133)

B. Violencia física o psicológica

La causal (de separación de cuerpos y divorcio) de violencia física y psicológica es conocida en la doctrina y la legislación comparada como sevicia y malos tratamientos. Proviene de la palabra latina saevitas, saevitia o saevitudo que significa crueldad, inhumanidad, insensibilidad. (Peralta, 2002, p. 312)

La jurisprudencia peruana ha definido la causal de la manera siguiente: “Se entiende por violencia física o psicológica al trato reiterado y cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho o psicológicamente a su consorte, salvando los límites del recíproco respeto que supone la vida en común”.⁹

Según Borda, “(...) la sevicia o violencia física o psicológica consiste en los malos tratamientos realizados con crueldad y espíritu de hacer sufrir. Se requieren, pues, dos elementos: a) el elemento objetivo, que está constituida por actos de excesiva crueldad que uno de los cónyuges infiere al otro, que se manifiesta en: las lesiones que se causa al otro cónyuge, las brutales relaciones sexuales, el trato irritado y descortés, la vigilancia

⁹ Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia. Casación N° 027-F-97

inmotivada que un cónyuge ejercer sobre el otro e inclusive que implica sadismo refinado; y b) el elemento subjetivo, que se expresa en el propósito o la intención de hacer sufrir innecesariamente al otro cónyuge.”(Citado por Hinostroza, 2008, p. 191)

Las condiciones para promover el divorcio por esta causal son las siguientes: a) Que existan maltratos físicos o morales ejecutados con crueldad, b) Que sean reiterados y revistan gravedad, porque el hecho aislado o único no justifica la disolución del vínculo. c) Que exista ánimo o propósito de hacer sufrir al otro cónyuge innecesariamente. d) Que no se fundamente en hecho propio. (Peralta, 2002, p. 313)

En relación a la prueba, la violencia física o psicológica puede acreditarse por cualquiera de los medios probatorios admitidos por el Código Procesal Civil; sin embargo las pruebas decisivas son: las certificaciones de las denuncias policiales sobre maltratos físicos o psicológicos que no hayan sido impugnadas, los certificados médicos o de salud relacionados con ambos tipos de maltratos (Hinostroza, 2008, p. 192)

C. Atentado contra la vida de los cónyuges

Proviene del verbo atentar que es sinónimo de atacar, agredir e intentar. En sentido amplio, expresa Holgado Valer, que el atentado

“es el acto intencional que realiza un cónyuge contra el otro con el propósito de privarle la vida o de causarle un grave daño físico. En sentido restringido, es el acto consciente y deliberado de suprimir la vida del otro cónyuge, sin llegar a consumarlo. (Peralta, 2002, p. 314)

A criterio de Borda:

(...) El atentado contra la vida de cónyuge supone la intención de provocar su muerte; con toda lógica, la ley no distingue entre el autor principal y el cómplice: en ambos casos procede el divorcio. Pero no si se trata de un delito simplemente culposo, aunque de él hubiera derivado un peligro de muerte; tal por ejemplo, un accidente automovilístico. (Carbonell Lazo, 2006, p.1 93).

El fundamento de esta causa se encuentra en la protección de uno de los derechos fundamentales de la persona humana como es la vida de uno de los cónyuges y que se expresa en el quebrantamiento del deber de asistencia recíproca y en la falta de seguridad personal del cónyuge contra quien se atentó, esto es, en el peligro que representa tal hecho.

D. Injuria Grave

Etimológicamente proviene del término latino in juria que significa lo injusto o hechos sin derecho, agravio o ultraje con el fin de

deshonrar. Llamado también “sevia moral”, que para Carrara consiste “en cualquier hecho mediante el cual manifiesta una ofensa al honor, a la reputación o al decoro de una persona. En cambio, Planiol y Ripert afirman que la injuria es una noción moral de contornos inciertos y que es susceptible de aplicarse a actos muy diversos, ensanchándose al infinito las causas del divorcio. (Peralta, 2002, p. 316)

Entonces, la injuria grave es una causa directa, inculpatoria y facultativa que puede ocasionar el divorcio, consiste en la ofensa grave a la personalidad, los sentimientos y la dignidad del otro cónyuge que implica violación de los derechos recíprocos nacidos del matrimonio. Es un acto u omisión ofensiva e inexcusable que afectan a la personalidad, los sentimientos, el honor y la dignidad del otro cónyuge que implica una violación a los deberes recíprocos del matrimonio, esto es, para dar lugar al divorcio por injuria, ésta debe importar una ofensa inexcusable, un menosprecio profundo, un ultraje humillante que imposibilite la vida en común. (Hinostroza, 2008, p. 194)

Con respecto al elemento objetivo, debe decirse, que está formado por un conjunto de hechos ultrajantes a la personalidad y dignidad del otro cónyuge, en ese sentido, constituyen injuria grave: las palabras ofensivas e hirientes (verbales o escritas), el ultraje físico producido en público (una bofetada), la imputación calumniosa de

un delito, la negativa injustificada de cumplir con el débito sexual, la negativa de celebrar matrimonio religioso si se hubiera prometido, el incumplimiento de los deberes de asistencia y auxilio, la abstinencias sexual, la fecundación o esterilización no consentida, etc. En cambio, el elemento subjetivo está formado por el animus injuriandi o propósito de ofender o menospreciar profundamente al otro. (Carbonell Lazo, 2006, p. 225)

Los requisitos para promover una acción de esta naturaleza por causal de injuria grave son: a) Que exista una ofensa grave causado por un cónyuge contra el otro. b) Que dichas ofensas sean reiteradas o permanentes. c) Que el ultraje signifique un menosprecio profundo por el otro cónyuge. d) Que la vida en común sea insostenible y que no se fundamente en hecho propio. Debiendo precisarse además que la injuria grave como causa de divorcio es facultativa, pues, los juzgadores tienen un amplísimo poder para valorarla, teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges. (Peralta, 2002, p. 313)

E. Abandono injustificado de la casa conyugal

El abandono es la dejación, abjuración o deserción unilateral de uno de los cónyuges del hogar conyugal sin motivo justificado. Entonces se trata de otra causa directa, inculpatoria y perentoria que genera divorcio, consiste en el alejamiento de la casa conyugal o en el rehusamiento de volver a ella por uno de los cónyuges en

forma injustificada y con el propósito de sustraerse al cumplimiento de sus deberes conyugales y paternofiliales, por el tiempo establecido en la ley. (Orihuela, 2012, p. 15)

Para que se configure esta causal de divorcio es necesario la concurrencia de tres elementos, ello es: a) El elemento material u objetivo, que está constituido por el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común, manifestado en el abandono de la casa conyugal (alejamiento) y el rehusamiento de retornar a ella (negativa). b) El subjetivo, que se expresa en la intención deliberada de uno de los cónyuges para poner fin a la comunidad de vida, de tal modo que el abandono deberá ser voluntario por lo que no incurre en esta causa el consorte que es arrojado de la casa común, porque el abandono debe ser contrario a la voluntad del inocente; se entiende que el abandonante al desertar de la casa conyugal lo hace también con el propósito de eximirse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales y de las paternofiliales. c) el temporal, determinado por el transcurso de dos años continuos o cuando la duración suma de los periodos de abandono exceda de este plazo. (Hinostroza, 2008, p. 201)

Los requisitos para intentar la acción de divorcio por causal de abandono injustificado de la casa conyugal son: a) Que uno de los cónyuges haya abandonado unilateralmente la casa conyugal o rehusado volver a ella, esto es, el hecho material de abandono b) Que tal actitud sea injustificada con el propósito de romper la

comunidad de vida y de destruir la unidad conyugal, c) Que el abandono o rehusamiento e prolongue por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono excedan a este plazo, d) Que no se funde en hecho propio. (Peralta, 2002, p. 317)

Respecto a la probanza del abandono se acredita por cualquiera de los medios probatorios contemplados en la ley procesal, especialmente, con el certificado de la denuncia policial por abandono de la casa conyugal y su respectiva investigación o, también con la carta notarial dirigida al abandonante invitándolo a retornar a la casa conyugal.

F. Conducta deshonrosa

Conducta deshonrosa proviene de dos palabras conducta del latín conducta que quiere decir conducida, guiada; y deshonra, del latín des (preposición que significa negación) y honra del latín honorable (estima y respeto de la dignidad propia). (Orihuela, 2012, p. 18)

Es el proceder incorrecto, indecente e inmoral por parte de uno o de ambos cónyuges a la vez, que están en oposición al orden público, la moral y las buenas costumbres. (Peralta, 2002, p. 318)

En ese sentido podemos decir que la conducta deshonrosa es otra causa indirecta, inculpatoria y facultativa que puede ocasionar el

divorcio a consecuencia del comportamiento deshonesto, indecente e inmoral de uno de los cónyuges de modo habitual, que agravia al otro cónyuge y afecta la buena imagen, el honor y el respeto de la familia, condiciones en las cuales se hace insoportable la vida en común; también, esta causal a veces linda con lo ilícito, lo delictual y otros actos tipificados como delitos, por ejemplo, la estafa, el narcotráfico, el proxenetismo, la prostitución, etc.

Debe entenderse que esta causa se funda en el quebrantamiento de uno de los deberes éticos que supone la vida matrimonial y, también, en la deshonor que ocasiona uno de los esposos con su comportamiento, provocando una grave perturbación en las relaciones conyugales, familiares y sociales.

El elemento objetivo que configura esta causa se halla en el comportamiento deshonesto e inmoral de uno de los consortes que se manifiesta en una gama de hechos o situaciones que presentan en la realidad como el juego habitual, la vagancia u ociosidad, la ebriedad habitual, la reiterada intimidad amorosa con persona distinta del cónyuge, el descuido del hogar, las salidas injustificadas sin autorización del otro, el dedicarse al tráfico ilícito de drogas, etc. (Orihuela, 2012, p. 18)

Tratándose del elemento subjetivo, la conducta deshonrosa consiste en actos que pueden ser intencionales o también no tener ese carácter, presumiéndose entonces el descuido y la negligencia. Este elemento sólo podrá ser considerado cuando sea intencional, así se desprende de la ejecutoria suprema, según la cual “los actos de mera negligencia no configuran conducta deshonrosa”. (Orihuela, 2012, p. 18)

Para intentar una acción de esta índole se requiere del cumplimiento de las siguientes condiciones: a) Que uno de los cónyuges haya incurrido en conducta deshonrosa. b) Que esa conducta sea habitual o permanente. c) Que se haga insoportable la vida en común, d) Que no se sustente en hecho propio. Debe tenerse presente que la expresión “que haga insoportable la vida en común” implica que será entendida en sentido lato, es decir, como que imposibilita la continuación de la convivencia o su reanudación. En el primer supuesto, los cónyuges todavía cohabitan en un mismo domicilio conyugal y, en el segundo, un cónyuge le procura al otro desde fuera del hogar, deshonor y falta de consideración en su ámbito personal, profesional y social.

Con relación a la prueba los hechos pueden acreditarse por cualquiera de los medios permitidos por la ley procesal, pero como se trata de una acción facultativa, el juez tiene amplitud para apreciar la conducta deshonrosa de los cónyuges.

G. Uso habitual de drogas alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía

Suárez Franco enseña que “esta causal comprende, el primer término, a aquellas personas que se dedican a ingerir sustancias alucinógenas o estupefacientes; pero de manera expresa exige que ese uso o consumo sea habitual, vale decir, que implique utilización repetida y continuada de tales sustancias y, además, que tal consumo sea compulsivo, con lo cual da a entender que a la persona que frecuenta el vicio le sea imposible sustraerse de él por medios ordinarios, aunque medien sus buenas intenciones o propósitos. (Citado por Orihuela, 2012, p. 19)

La toxicomanía es una ciencia que trata del consumo habitual de sustancias que producen alteraciones de orden físico y trastornos mentales. Conocida a nivel clínico terapéutico como el consumo de sustancias psicoactivas porque ejercen su acción sobre el sistema nervioso central y que tienen capacidad para producir transformaciones psíquicas (Peralta, 2002, p. 319)

Desde el punto de vista jurídico es una causa inculpatoria y perentoria de divorcio que consiste en el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o sustancias que pueden generar toxicomanía, comprometiendo gravemente la normalidad de la vida conyugal.

La acción de divorcio por esta causal exige el cumplimiento de los requisitos siguientes: a) Que uno de los cónyuges consuma drogas alucinógenas o que causen toxicomanía, b) Que su uso sea habitual e injustificado, con el objeto de obtener placer y sensaciones diversas, c) Que represente un peligro para el otro cónyuge y la prole, d) Que el consumo de drogas provoque trastornos de conducta en uno de los cónyuges que impiden obviamente la vida en común. (Orihuela, 2012, p. 19)

Esta causal se puede acreditar por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley adjetiva, pero, la prueba idónea es la pericia médico legal.

H. Enfermedad grave de transmisión sexual

Se trata de otra causa indirecta, inculpatoria y perentoria que determina la disolución del vínculo matrimonial que consiste en la transmisión de una enfermedad grave, de origen y localización sexual, de contagio fácil y de serias consecuencias para la descendencia, contraída después de la celebración del casamiento. (Peralta, 2002, p. 320)

Entre las enfermedades graves de transmisión sexual se encuentran las siguientes: la sífilis, la gonococia, el chancro blanco, la enfermedad de Nicolas- Favre, el SIDA (síndrome de inmunodeficiencia adquirida), etc.

La acción por esta causa requiere de las siguientes condiciones: a) Que uno de los cónyuges haya contraído una enfermedad grave de transmisión sexual, b) Que la haya contraído después de la celebración del matrimonio, c) Que se ponga en peligro la salud del cónyuge sano y de su descendencia, d) Que no se sustenta en hecho propio y que se acredite la imputabilidad del consorte enfermo. (Peralta, 2002, p. 320)

Con respecto a la prueba, las enfermedades graves de transmisión sexual pueden probarse por cualquiera de los medios probatorios señalados por el Código Civil; pero, la prueba idónea es el peritaje médico legal.

I. Homosexualidad

La palabra homosexual deriva del prefijo griego homos que equivale a lo mismo, igualdad o semejanza. En ese sentido, indica a toda persona que tiene relación carnal con otra de su mismo sexo. Para otros, es la atracción erótica entre individuos del mismo sexo que puede ser congénita o adquirida, pero que revelan anormalidad endocrina o problemas de índole psicológica acrecentadas por una serie de factores sociológicos. (Orihuela, 2012, p. 30)

Luego, la homosexualidad es también otra causa indirecta, inculpatoria y perentoria que genera la disolución del vínculo conyugal, que consiste en el trato carnal que mantiene un cónyuge con persona de su mismo sexo, después de la celebración del

matrimonio, por tanto, se trata de una perversión sobreviviente al casamiento que implica la inversión sexual, razón por la que no es posible una vida en común.

La homosexualidad es considerada causa de divorcio sólo cuando es sobreviniente a la celebración del casamiento, pero si fuera de origen anterior o desconocida para el cónyuge perjudicado, lo procedente es accionar como invalidez. (Peralta, 2002, p. 321)

Para intentar una acción es indispensable el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que uno de los cónyuges sea homosexual, b) Que tal anormalidad sea sobreviniente al matrimonio, c) Que implique menosprecio por el sexo del otro cónyuge, d) Que se haga insoportable la vida en común.

J. Condena judicial por delito doloso

Para Cornejo Chávez, es la injuria grave que el delito de uno de los cónyuges infiere al otro y a la familia lo que puede imposibilitar la convivencia normal. (1999, p. 261)

Se trata, entonces, de otra causa indirecta, inculpatória y perentoria que determina la disolución del vínculo matrimonial, que consiste en la imposición a uno de los cónyuges de una condena a pena privativa de libertad mayor de dos años por delito doloso, después de la celebración del casamiento. Se entiende que el cónyuge que

conoció del delito antes de casarse no puede invocar esta causal que determine la destrucción del lazo nupcial.

Esta causa se funda en la violación de una obligación ético-moral que implica el matrimonio por el quebramiento de una norma positiva penal a cuya consecuencia se impone el cónyuge infractor una condena a pena privativa de libertad superior a dos años que significa la deshonra por el hecho de la imposición de una pena a uno de los consortes debido a su conducta delictuosa asumida en forma consciente y deliberada, lo que ciertamente trasgrede las normales relaciones conyugales.

El elemento objetivo está constituido por una conducta típica, antijurídica, culpable y que reúne las condiciones objetivas de punibilidad por la comisión de un ilícito penal sancionado por el ordenamiento jurídico penal, como por ejemplo haber cometido el delito de homicidio, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, etc.; en cambio, el elemento subjetivo, por la libre y consciente voluntad de cometer ese acto delictuoso sancionado por la ley penal que se manifiesta en una resolución judicial condenatoria (Peralta, 2002, p. 320)

Para que el delito doloso sea considerado como causa de divorcio requiere del cumplimiento de las siguientes condiciones: a) Que uno de los cónyuges haya sido condenado a pena privativa de

libertad superior a dos años, b) Que la condena sea impuesta después de la celebración del matrimonio, c) Que la sentencia condenatoria sea por delito doloso y no culposo, d) Que ese hecho afecta el honor del otro cónyuge y de la familia. (Peralta, 2002, pp. 320-321)

La prueba idónea es la copia certificada de la sentencia condenatoria consentida y ejecutoriada, pero puede probarse también por cualquiera de los medios probatorios tanto típicos como atípicos establecidos en el Código adjetivo. Sin duda, la acción caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida ésta.

K. Imposibilidad de hacer vida en común

Se trata de una nueva causal inculpatoria, incorporada por Ley N° 27495, que consiste en una grave desarmonía familiar, condición en la cual no es posible hacer vida en común.

Según Manuel Alberto Torres Carrasco se trata de un grave estado de quiebra en las relaciones internas matrimoniales, de tal manera que para ambos resulta imposible una convivencia estable y armoniosa, vale decir, que aquí es inviable la comunidad de vida, porque los cónyuges ya no mantienen una estable y equitativa relación familiar. En efecto, se advierte que en la pareja no existe armonía conyugal, ya que el amor, la pasión, la ayuda recíproca, la comprensión y la tolerancia han desaparecido totalmente. (Peralta, 2002, p. 322)

Los elementos configurativos de la causal de incompatibilidad de personalidades, exige el elemento material u objetivo, que expresa una desarmonía conyugal grave y trascendente, pues no sólo se trata de una simple rencilla. Los hechos que pueden configurar esta causal, son: Los abusos de uno de los cónyuges contra el otro (no permitirle la entrada al hogar, internarlo innecesariamente en un sanatorio, etc.). Acciones judiciales infundadas (nulidad de matrimonio por impotencia del marido no probada, promoción infundada y maliciosa de un proceso de interdicción civil). Actitudes impropias de la condición de casado (ausencias periódicas sin ánimo de abandonar el hogar común, la ocultación del estado de casados, etc.) (Hinostroza, 2008, p. 202)

En contraste, el elemento psíquico, consiste en la intención de no hacer vida en común, ello supone que uno o ambos cónyuges no pueden compatibilizar sus caracteres, menos sus ideales, objetivos de vida y aspiraciones, así como tampoco lo pueden en cuanto a sus relaciones sentimentales, emocionales y sexuales (Hinostroza, 2008, p. 202)

La probanza de esta causal resulta difícil, desde que tiene que ser demostrada fehacientemente, ya que la ley establece que la imposibilidad de hacer vida en común será probada debidamente en un proceso judicial, debiendo el juzgador valorar la prueba aportada a fin de llegar al convencimiento de que el hecho

comprobado efectivamente hace imposible continuar o reanudar la vida en común. (Peralta, 2002, p. 321)

L. Separación de hecho

El artículo 5° de la Ley 27495, modifica el artículo 349° del Código Civil, en los términos siguientes: “Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, inciso del 1 al 12. Esto significa que la causal de separación de hecho, que se encuentra en el inc. 12, puede invocarse para demandar directamente el divorcio, es decir, no solamente para la separación de cuerpos legal, sino también para el divorcio.

Según Plácido Vilcachagua, esta causal consiste en el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica los imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno de los esposos. (2001a, p. 340)

Luego, se trata de una causal directa, no inculpatoria y perentoria que determina el divorcio, consiste en la interrupción del deber de hacer vida en común sin previa decisión judicial ni propósito de renormalizar la vida conyugal de los esposos, entendiéndose que para los efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333, no se considera separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las

obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. (Peralta, 2002, p. 329).

Los elementos objetivos de esta causal, según Plácido Vilcachagua, (2008c) son los siguientes:

a) Objetivo o material, consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia, sin solución de continuidad, lo que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal, sin que exista impedimento para que se configure la separación de hecho viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble incumpliendo la cohabitación.

b) Subjetivo o psíquico, viene a ser la falta de voluntad para renormalizar la vida conyugal, esto es, la ausencia de intención cierta de uno o ambos cónyuges para continuar cohabitando, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla; ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor, esto es, sin que una necesidad jurídica lo imponga, c) Temporal, ya que resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configure la causal, por esos se exige el trascurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y de cuatro si los tuviera. La

permanencia en el tiempo de una separación de hecho es la demostración de una definitiva ruptura de la vida en común y un fracaso del matrimonio que queda evidenciado de esta manera. Entonces, la fijación de un plazo legal tiene por objeto descartar la transitoriedad y otorgar un carácter definitivo a la separación de hecho. (Peralta, 2002, p. 330).

2.4.4. Efectos del divorcio

La sentencia de divorcio, una vez consentida o ejecutoriada, origina importantes efectos en cuanto a los cónyuges. Así tenemos:

A. Disolución del vínculo matrimonial

Tal como mencionamos al inicio del tratamiento de este tema, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio, de conformidad a lo previsto en el artículo 348º del Código Civil.

Respecto de dicho efecto Cornejo Chávez (1999) indica:

No obstante la gravedad de esta consecuencia, no se debe pensar que el divorcio destruye tan totalmente el estado matrimonial que reponga la situación a los términos en que se hallaba ante del casamiento, tanto porque la disolución del vínculo no operaba retroactivamente sino ex nunc, cuanto porque la ley no puede convertir en extraños a quienes realmente han convivido íntima y legalmente durante un lapso más o menos prolongado. De aquí que, como se verá después,

el Derecho atribuye a los ex cónyuges ciertos derechos, obligaciones y relaciones que hacen directa referencia al anterior estado matrimonial.” (p. 396).

B. Derecho alimentario de los cónyuges

Otro de los efectos del divorcio incide en la relación alimentaria que el matrimonio hizo surgir entre los cónyuges. En su primera parte, el artículo 350º dispone que por virtud del divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

No obstante ello, la regla general antes enunciada tiene excepciones. Así tenemos: a) en el divorcio declarado por culpa de uno de los cónyuges, el juez asignará una pensión alimentaria al cónyuge inocente que careciera de bienes propios o de gananciales suficientes; o que estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio: en estas situaciones, la pensión alimenticia que se fija será no mayor de la tercera parte de la renta del cónyuge que debe darla; b) el ex cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega de capital correspondiente; c) el indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio; d) las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias; y, e)

cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar exoneración y, en su caso, el reembolso. Así lo disponen los párrafos segundos a sexto del artículo 350¹⁰. (Cornejo Fava, 2011 p.901)

C. Reparación del daño moral

De acuerdo con el artículo 351^o, el juez podrá conceder al cónyuge inocente una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente su legítimo interés personal. La indemnización a que este dispositivo alude es, por supuesto, independiente del derecho alimentario que se acaba de tratar.

El daño moral puede ocurrir en todo caso de divorcio, pero especialmente cuando la causal que le dio origen fue injuria grave, la condena por delito, la conducta deshonrosa o el adulterio.

¹⁰ Artículo 350^o del CC: Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades suficientes o estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiera dado motivos para el divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.

D. Pérdida de Gananciales

En virtud de lo dispuesto por el artículo 352º, el cónyuge divorciado por su culpa pierde los gananciales que procedan de los bienes del otro.

Peralta Andía (2002) señala que:

(...) el carácter punitivo de esta norma encuentra su explicación en que no sería dable que el cónyuge culpable o causante del divorcio obtuviera o pretendiera obtener un beneficio o ganancia proveniente de los bienes del cónyuge inocente cuando no ha cumplido sus deberes dentro del matrimonio o cuando con su conducta alteró o rompió la comunidad de vida y de intereses sobre la que se funda la sociedad de gananciales existente en el matrimonio. (2002; p. 903).

E. Pérdida de derechos hereditarios

El divorcio pone fin a la relación “familiar” que, por razón de matrimonio ha nacido entre marido y mujer. Siendo esto así, se pierde la vocación hereditaria que existía entre los cónyuges, tanto tratándose de la sucesión testamentaria como de la intestada. Así lo dispone el artículo 353º del Código Civil¹¹ que consagra una regla de carácter general (Cornejo Fava, 2011, p. 904).

¹¹ Artículo 353º Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

Únicamente a modo de ilustración, cabe mencionar que, de acuerdo con el artículo 816º, los cónyuges son herederos del tercer orden y que su sucesión está regulada por el Título IV-Sucesión del cónyuge, de la Sección Tercera-Sucesión Intestada, del Libro V-Derecho de Sucesiones del Código Civil vigente.

Este efecto funciona de pleno derecho sin que sea preciso que se mencione en el fallo judicial que declare el divorcio.

F. Terminación de la afinidad Colateral

De conformidad a lo previsto en el artículo 237º del Código Civil: “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge”

En virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del citado artículo, por el divorcio fenece el vínculo de afinidad creado por el matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro en la línea colateral; subsiste la afinidad

en el segundo grado de dicha línea mientras viva el ex cónyuge; y, finalmente, no acaba la afinidad en línea recta por la disolución del matrimonio que la produjo.

2.5. El Proceso de divorcio en el Código Procesal Civil peruano

Nuestra legislación procesal civil, como se ha expuesto precedentemente, admite el divorcio (o la separación de cuerpos) por voluntad unilateral siempre que se alegue causas subjetivas (causas de inculpación de un cónyuge frente al otro) y causas objetivas que puedan ser invocadas en la demanda. El sistema tradicional de causas subjetivas busca determinar la culpabilidad de uno de los cónyuges, o incluso de ambos, como responsables de la ruptura de la convivencia matrimonial. Para ello, se autoriza considerar la educación, la costumbre y la conducta de ambos cónyuges al calificar la causal invocada y evaluar la prueba aportada. El sistema de causas objetivas no trata de indagar la culpabilidad de los cónyuges, sino de constatar la ruptura de su vida común, el fracaso matrimonial, preocupándose solo de constatar que la ruptura es definitiva, no motivada por cualquier dificultad pasajera. (Plácido Vilcachagua, 2008 c, p.300)

A continuación se tratará las cuestiones básicas de dicho proceso.

2.5.1. Trámite del proceso de divorcio

El proceso de divorcio por causal específica se sustancia en vía de proceso de conocimiento (artículo 480°, primer párrafo del Código

Procesal Civil), vía procedimental ésta cuyo trámite general describimos a continuación:

- a) Presentada la demanda, el demandado tiene cinco días para interponer tachas (contra testigos, documentos y medios de prueba atípicos) u oposiciones (a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia, a una inspección judicial o a un medio de prueba atípico) a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos (artículo 478 inciso 1 del Código Procesal Civil en adelante CPC)
- b) Dentro de cinco días de notificada la resolución que admite las tachas u oposiciones planteadas por el demandado, el demandante puede absolver tales cuestiones probatorias (artículo 478, inciso 2 del CPC)
- c) Dentro de los diez días de notificada la demanda o reconvenición, el demandado o el demandante, según el caso, puede interponer excepciones (como las de incompetencia, incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva

y convenio arbitral, artículo 446 del CPC) o defensas previas.

Así lo establece el artículo 478 inciso 3 del Código Procesal Civil.

- d) Dentro de los diez días de notificada la resolución que corre traslado de las excepciones o defensas previas planteadas por el demandado (en cuanto a la demanda) o por el demandante (en cuanto a la reconvención), puede la parte procesal de que se trate absolver dicho traslado (artículo 478 inciso 4 del CPC)
- e) Dentro de los treinta días de notificada la demanda puede el demandado contestarla y reconvenir (artículo 478 inciso 5 del CPC)
- f) Se tiene diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación de la demanda o de la reconvención se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvención, según el caso, conforme al artículo 440 del Código Procesal Civil. El referido plazo se contará a partir de la notificación de la contestación de la demanda o de la absolución de la reconvención, según sea el caso de que se trate (artículo 478 inciso 6 del CPC)
- g) Si se plantea reconvención el demandante puede absolver su traslado dentro de los treinta días de notificada la resolución que corre traslado de la contestación de la demanda y de la reconvención (artículo 478 inciso 7 del CPC)

- h) La audiencia conciliatoria se realiza dentro de los veinte días posteriores al auto que declara saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos en la relación jurídico procesal (artículo 478 inciso 9 del CPC)
- i) En caso de conciliar las partes sobre la totalidad de las pretensiones debatidas en el proceso, la audiencia de pruebas se realizará dentro de los cincuenta días de acontecida la audiencia de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio. Ello se colige del artículo 478 inciso 10 del CPC.
- j) La sentencia se emite dentro de los cincuenta días posteriores a la conclusión de la audiencia de pruebas (artículo 478 inciso 12 del CPC)
- k) La apelación de la sentencia se plantea dentro de los diez días de notificada la sentencia, conforme al artículo 373 del CPC (Gallegos &Jara, 2008, p.231)

2.5.2. Legitimidad para obrar

Este sistema legislativo mixto establece de otra parte, una regulación diferenciada de la legitimidad para obrar cuando se invocan causas inculpatorias respecto de las causales objetivas. El sistema tradicional de causas subjetivas atribuye la legitimidad para obrar a un cónyuge por consecuencia de que el otro está incurso en una de las causas legales. Por ello se precisa de que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, situación que no debe

confundirse con las recíprocas inculpaciones, pues de modo efectivo ambos cónyuges pueden estar incurso en una misma causa legal o en diferentes causas, ambos de carácter inculpatario. En cambio y respecto de las causas objetivas, como es la ruptura de la vida común la que de modo inmediato justifica la demanda, con independencia del origen del cese efectivo de la convivencia, situación que presenta en muchos casos a ambos cónyuges en un plano de igualdad, se reconoce a cualquiera de ellos la legitimidad para obrar. (Gallegos Canales & Jara Quispe, 2008, p.233)

2.5.3. Juez competente para dirigir el proceso de divorcio

Es competente para dirigir el proceso de divorcio el juez de familia del lugar del domicilio del demandado o del lugar del último domicilio conyugal, a elección del demandante. Así lo determinan los artículos 24°, inciso 2 del Código Procesal Civil y 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.6. Afectación de derechos en el proceso de divorcio

2.6.1. El libre desarrollo de la personalidad en las relaciones familiares

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra regulado en nuestra Constitución Política Peruana en el artículo 2 inciso 1 que establece: “Toda persona tiene derecho a: 1. (...) su libre desarrollo y bienestar.

Carlos Mesía, analizando este derecho ha referido que: “(...) el libre desarrollo de la persona significa la plena realización del individuo como ser humano. Supone, el derecho de todo ser humano a lograr la realización de su personalísimo proyecto de vida, lo que es de imposible concreción si no se goza de los bienes materiales y espirituales indispensables para una existencia digna y compatible con la condición humana.” (2004, p.98)

A decir de Bernaldes Ballesteros & Ojalora Peñaranda, el libre desarrollo de la persona consiste en el desenvolvimiento de sus potencialidades, de manera que logre su realización en el mundo. La realización de la persona puede ser definida como el desarrollo de vida en que el ser humano está en condiciones y alcanza los objetivos que se fija en función de sus capacidades y de su esfuerzo. La realización tiene también una dimensión subjetiva y es la auto apreciación positiva de la propia vida y de sus logros. (1999, p. 116)

Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha afirmado lo siguiente¹²:

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad,

¹² STC N^o 02868-2004-AA/TC fs. 14

y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra...”

En este sentido podemos decir que en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe ser entendido como un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen conveniente, cuyos límites son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros.

Por lo tanto, al ser valiosa en sí misma está libre elección individual de planes de vida, el Estado debe tener prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la

persecución individual de estos planes de vida y la satisfacción de los ideales de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución.

De acuerdo con lo anterior, se podría decir que, es labor del Estado proscribir toda injerencia en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que restringe injustificadamente la voluntad de las personas para escoger su proyecto de vida, cuyos únicos límites son los derechos de terceros y el orden público.

En un Estado Constitucional de Derecho, los atributos y libertades fundamentales, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, constituyen el núcleo de valores de nuestro ordenamiento constitucional y, por ello, su limitación (evidentemente excepcional de ser el caso) no puede sustentarse en un simple prejuicio o subjetividad, sino en una razón fundamentada en argumentos científicos, en el caso, de naturaleza pedagógica, psicológica o psicopedagógica. Los derechos fundamentales son razones muy fuertes o demasiado esenciales para ser limitados en base a meros prejuicios sociales o morales de ciertas personas.

2.6.2. La autonomía de la voluntad en las relaciones familiares

Kant (1999) en la “fundamentación de la metafísica de las costumbres” afirma taxativamente que la autonomía es, así pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. Más adelante precisa esta idea al señalar que “la autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para sí misma

(independientemente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de autonomía es pues: no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal. (Kant, citado por Saldaña s.f., p.75-76)

Para entender lo anterior resulta oportuno señalar que ese querer del que habla Kant debe ser el mismo para cualquier persona, como requisito para que su comportamiento sea elevado a “ley universal”. De cualquier forma en este ejercicio de actuaciones se encuentra inmersa la autonomía de la voluntad, la cual es en sí misma la máxima del obrar.

Relacionando la contextualización anterior al derecho de familia, la misma se encuentra dentro del ámbito de aplicación del derecho privado, rama del derecho que hace de la autonomía de la voluntad una referencia ineludible, así dicha autonomía dentro de las relaciones familiares contempla el principio de libertad que debe prevalecer en la conducta humana. La dificultad con la afirmación anterior se presenta al intentar determinar hasta donde es permitido para un ser humano ejercer su libertad atendiendo al orden público que regula su conducta ante los demás- incluyendo las relativas a su interrelación familiar-a través de normas imperativas, limitando (en contraposición al principio de libertad aludido) su autonomía en defensa de un intereses superior integrado por el propio grupo familiar, los niños, la vivienda, la alimentación, la salud, etc.

En este sentido la autonomía de la voluntad de la que hablamos se encuentra estrictamente vinculada a la libertad y a la intimidad. En Perú la protección de la familia se encuentra contemplada en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, “el estado protege a la familia base de la comunidad y el Estado”

Por otra parte, debe decirse que muchas otras normas constitucionales tienen relación con la protección del núcleo familiar en el nivel individual

En contraposición a la intervención del Estado en las relaciones de familia, Bidart Campos (Citado por Bacigalupo de Girad, 2006)) ha afirmado que el derecho a la intimidad y a la autonomía de la voluntad presenta similitudes en tanto una u otra imponen un límite al Estado, los terceros y la ley, ejemplo de ello es la intimidad de los cónyuges. Dice el autor: “ a toda cabeza sensata le es fácil comprender que lo que el marido y mujer hacen o dejan de hacer en su alcoba escapa a toda interferencia de terceros, nada más ni nada menos que porque incumbe y pertenece a la intimidad de los dos”.

El derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y en suma, las acciones hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo.

2.6.3. El derecho constitucional al honor y buena reputación

Sobre este derecho podemos decir que se encuentra dentro del catálogo de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

El Diccionario de la Real Academia Española, en relación con éste derecho, trae las siguientes definiciones:

- a) Honor: Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos.
- b) Honra: Estima y respeto de la dignidad propia. Y también “Buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito.
- c) Reputación: Opinión que las gentes tienen de una persona¹³

De lo que podríamos señalar prima facie que existen dos valores en juego: La auto apreciación y la apreciación que los demás tienen de nosotros.

El honor, referido al sentimiento de autoestima, es decir, la apreciación positiva que la persona hace de sí mismo y de su actuación, y que es violentado cuando esa autoestima es agraviada por terceros. Tales los casos de una ofensa- en público o en privado-, o de una agresión física, psicológica o espiritual. (Rubio, Eguiguren, Praeli, Bernales, 2013, p. 329)

¹³ Para mayor información revisar: <http://dle.rae.es/?id=KdBUWwv>.

La reputación, que vendría a ser la idea que los demás tienen o presuponen de una persona. Es la imagen que los demás tienen de cada uno de nosotros como seres humanos. La cual es agraviada cuando nuestra imagen en los demás es dañada. Importante es decir que el daño a la reputación es producido tanto cuando se dicen mentiras, como cuando se dicen verdades dañosas. No es menos atentatorio contra el derecho a la reputación el imputar públicamente algún defecto o alguna condición negativa que tenga determinada persona. (Rubio et al. 2013, p. 329)

No obstante ello, el honor es un derecho único que engloba también la buena reputación, reconocida constitucionalmente. Así lo ha postulado también el Código Procesal Constitucional, que deja de mencionar la buena reputación.

El honor viene hacer la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación (...)" En este sentido el honor forma parte de la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investida, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos.¹⁴

¹⁴ STC N°02756-2011-AA FJ 4,5

Este mismo criterio ha sido asumido por los juristas Bernaldes & Otárola, quienes han señalado que el honor y reputación son derechos complementarios de la persona, pues se refieren a su estimación desde dos perspectivas confluyentes: la de ella misma y la de los terceros para con ella. (1999, p.130)

Ahora bien sobre el derecho al honor y buena reputación el Tribunal Constitucional ha afirmado lo siguiente:

“(…) este derecho forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7 del artículo 2° de la Constitución Política, y ésta estrechamente vinculado con la dignidad de la persona; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva”.

En este caso se puede observar que el Tribunal Constitucional rescata la dignidad de la persona ante sí y ante los demás. Se prohíben en general los tratos inhumanos, que incluyen lo injurioso y lo despectivo. Hay que notar que en este caso se habla de la protección ante sí o ante los demás, con lo que se está hablando en el primer caso del honor y en el segundo de la buena reputación.

La afectación de este derecho al honor, es realizado por la actuación objetiva de un tercero, sin embargo, el grado del agravio, a decir de Marcial Rubio Correa, Francisco Eguiguren Praeli y Enrique Bernales Ballesteros, tiene un componente subjetivo porque la apreciación que la persona tiene de sus propios valores y virtudes influye en el daño que se le produce. Entonces la afectación del honor tiene que ser apreciada en cada caso por el juez tomando en cuenta la intensidad del agravio en el que influyen la educación, costumbres o conducta de cada persona. (Rubio et al. 2013, pp. 331-332)

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre el tratamiento que se le da a la causal de injuria grave y sevicia de la separación de cuerpos y divorcio, ha añadido algunos conceptos importantes adicionales tales como:

- a. Que, respecto a la injuria grave, como causal de separación de cuerpos y de divorcio, la gravedad es condición para que la injuria constituya causal, que la gravedad de la injuria depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima, y que la intensidad de ese sentimiento depende a su vez, del sentido del honor que ella tenga de sí misma.
- b. Que el honor interno de cada persona, es decir la apreciación que sus propios valores y virtudes tiene, debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona. La injuria, a diferencia de la

calumnia y la difamación, incide solo sobre el honor interno, que es muy subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros.

- c. Que, con estas premisas el Tribunal opina que la gravedad de la injuria para convertir a ésta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja.

En este orden de ideas podemos colegir diciendo que la afectación al honor en cada persona es distinto, por lo que tiene que ser analizada por el juez tomando en cuenta la intensidad del agravio en el que influyen la educación, costumbres o conducta de cada persona, etc.

2.6.4. Respecto al derecho a la intimidad personal y familiar

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido en el artículo 2º inciso 7 de nuestra Constitución Política Peruana, se trata de un derecho personal que forma parte de la propia vida y que deriva del derecho a la libertad.

Para Eguiguren Praeli (2013), éste derecho involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que, por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. Protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados.(Citado por Rubio, et al., 2013, p. 347)

Según Bernales y Otárola, el derecho a la intimidad comprende el conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgable. Entre otros están sus hábitos privados, sus preferencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, sus secretos, sus características físicas tales como su salud, sus problemas congénitos, sus accidentes y las secuelas consiguientes, etc. (Bernales & Otárola, 1999, p. 130)

La Constitución da dos dimensiones a la intimidad que, en realidad, son complementarias: la personal y la familiar. La intimidad personal es el ámbito restringido en torno al individuo mismo. Es aquella intimidad que, incluso, puede negarla a sus familiares. La intimidad familiar son todos los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones que existen dentro de la familia: las relaciones conyugales, de padre e hijos de hermanos, etc. Es lógico que la intimidad asuma estas dos dimensiones y particularmente la última, en la medida que la familia es una unidad natural de socialización del ser humano, con alto contenido emocional y

sentimental, dentro de la cual se producen situaciones y relaciones de incomparable intensidad en relación a las que cada persona pueda tener con terceros. Por ello mismo, es un ámbito reservado a las invasiones externas.

La vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola intromisión externa o perturbación no autorizada en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular (Rubio, et al., 2013, p.260-261)

2.6.5. Tutela jurisdiccional efectiva

La Tutela Jurisdiccional es uno de los derechos fundamentales y constitucionales que todo sujeto de derecho tiene para recurrir a un determinado órgano jurisdiccional a fin de que se le imparta justicia, teniendo las garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos. (Sánchez López, sf)

Es considerado un principio y a la vez un derecho, en virtud del cual toda persona se encuentra facultada a acudir al órgano jurisdiccional solicitando tutela de sus derechos. El jurista nacional Juan Monroy Gálvez, la define como un derecho público y subjetivo, en atención al cual toda persona, puede exigir al Estado tutela jurídica plena, precisando que

dicha facultad se expresa en el derecho de acción y el de contradicción (Monroy Gálvez, 1996a, p. 248).

En ese mismo sentido, Víctor Ticona Postigo, afirma que se trata de un derecho público, subjetivo y abstracto que toda persona tiene ya sea en su calidad de actor o de emplazado, y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente, independiente y responsable, con el fin de que en un plazo razonable, emita pronunciamiento debidamente fundamentado, sobre las pretensiones postuladas (Ticona Postigo, 1998, p. 37)

Por su parte, Francisco Rubio Llorente, citado por Víctor Roberto Obando Blanco (2002, p. 20), refiere que, como derecho, la tutela jurisdiccional efectiva tiene como contenidos específicos: a) libre acceso a la jurisdicción, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo b) La obtención una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, sin dilaciones injustificadas, más allá del acierto de dicha decisión. c) Que esa sentencia sea cumplida, es decir que el fallo sea ejecutoriado.

Siendo ello así, la celeridad bien puede observarse como uno de los requerimientos primordiales de la tutela jurisdiccional efectiva, pues tanto la sociedad como los sujetos procesales intervinientes en el proceso esperan del Poder Judicial la solución oportuna de sus pretensiones para una convivencia pacífica. Como decía el tratadista Couture (1988) “En el proceso el tiempo no es oro, sino Justicia”

En ese sentido, necesariamente el principio de celeridad procesal debe tener un claro correlato en la solución de los conflictos a cargo del Poder Judicial, de lo contrario la tutela jurisdiccional efectiva no encontrará una verdadera concreción en la práctica judicial, dado que en la medida que el órgano jurisdiccional no cuente con los elementos indispensables para administrar justicia en forma oportuna y no logre que la resolución judicial se cumpla, el reconocimiento de derechos establecidos en ella será vano, convirtiéndose en una mera declaración de intenciones, con grave lesión a la seguridad jurídica.

2.7. El divorcio en la legislación comparada

La regulación que se hace de la figura del divorcio es distinta y variada en relación a cada país, marcando tendencias bastantes distintivas entre países. En este sentido a continuación se hará un breve análisis de la regulación de la figura del divorcio en Argentina y España, buscando estudiar su regulación, sus características existentes y las diferencias y semejanzas a lo previsto en nuestra normatividad.

2.7.1. El divorcio en Argentina

A partir del primero de agosto del 2015, empezó a regir en Argentina un Nuevo Código Civil y Comercial, el cual derogó y sustituyó al Código Civil de Vélez Sársfield, al Código de Comercio, y las leyes modificatorias de ambos, entre otras.¹⁵

¹⁵ El texto fue aprobado por el Congreso de la nación el 1 de octubre de 2014, mediante la Ley N° 26994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 08 de octubre del mismo año.

Entre los puntos más salientes de ésta norma, el que más popularidad tomó fue el divorcio exprés o divorcio liberal. El cambio más importante en esta materia es que ya no podrán alegar en el juicio, las causales de índole subjetiva (como el adulterio) que existieron hasta antes de su entrada en vigencia y que permitieron lograr una sentencia por “culpa” exclusiva de uno de los cónyuges, en donde el litigio muchas veces duraba años y ello implicaba que se mantuviera el vínculo vigente al menos hasta que se dictara la resolución que ponía fin al pleito. (Chávez, s.f.)

Así vemos que este nuevo Código Civil admite el divorcio por voluntad de una sola de las partes, si bien impone que el pedido sea acompañado de una propuesta sobre las consecuencias del divorcio: qué ocurre con los bienes, el cuidado de los hijos, la comunicación, los alimentos, etc.; o acompañar un acuerdo entre las partes acerca de estos puntos, o bien el convenio matrimonial. Sin embargo, la ventaja del nuevo ordenamiento es que la sentencia de divorcio se dicta inmediatamente, sin mengua del debate pecuniario posterior, evitando dilaciones y especulaciones. Además, en el nuevo modelo de divorcio, a pesar de la ausencia de culpas, la ley reconoce que puede existir una compensación económica (única o transitoria, pero no permanente) para el ex cónyuge que quede en peor situación a raíz de la ruptura. Incluso, quien quedase en peor situación podría ser el causante de la separación, aunque esa circunstancia no interesará, sino que solo habrá que evaluar la condición económica desventajosa post divorcio. (Chávez, s.f.)

Características

- a) No existe el requisito de que ambos cónyuges estén de acuerdo en divorciarse.
- b) No es necesario probar las causales del divorcio ni aclarar motivos
- c) Desaparecen los plazos y las causas
- d) No hay que demostrar ante un juez quien tuvo la culpa del fracaso matrimonial ni tampoco estarán obligados a hacer una terapia para recuperar la relación
- e) Se debe elaborar un plan y presentarlo ante el juez, proponiendo cómo se organizará la vida familiar desde entonces, los gastos, la vivienda, los hijos, las deudas, etc.

En ese sentido vemos que con el nuevo Código elimina la necesidad de invocar una causal. Se incorpora la compensación económica bajo un parámetro de solidaridad familiar. No existe culpabilidad por infidelidad. Para iniciar un trámite de divorcio será suficiente que uno sólo de los cónyuges manifieste su voluntad de divorciarse, sin necesidad de que exista mutuo acuerdo ni transcurra un plazo mínimo desde la celebración del matrimonio. Quien desee separarse no tendrá necesidad de acreditar la causa: la infidelidad, ya no es causal de divorcio.

2.7.2. El divorcio en España

En el año dos mil cinco, se produce la reforma estatal de la Ley 30/1981-Ley por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se determinó el procedimiento a seguir en causas de separación y divorcio. Esta reforma se llevó a cabo a través de la Ley 15/2005 de 8 de julio. (Carrión Vidal, s.f.)

Las modificaciones más relevantes de esta reforma, son: se puede solicitar tanto el divorcio como la separación judicial una vez hayan pasado 3 meses desde la celebración del matrimonio, sin necesidad de solicitar previamente la separación para obtener el divorcio. En casos excepcionales, cuando se acredite riesgo para la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos, no se exigirá plazo alguno para solicitar la separación o el divorcio. Asimismo, otra de las modificaciones sustanciales es el hecho de que, según la modificación ocurrida en el Código Civil español en Julio de 2005, ya no se ha de justificar causa alguna de separación o divorcio. Tan sólo es suficiente el deseo de uno de los cónyuges de separarse o divorciarse. Con anterioridad a esta reforma, se exigía justificar una de las causas tasadas en el Código Civil. (Cuevas, s.f., p.2)

Con esta reforma se ha eliminado la separación como paso previo al divorcio, así como la necesidad de alegar causas para la ruptura, reduciéndose a 3 meses el plazo para presentar la demanda. Con todas

estas modificaciones, se ha agilizado sustancialmente el procedimiento para obtener el divorcio en España, lo que supone una serie de ventajas: menor coste económico, debido a la posibilidad de evitar una duplicidad de procedimientos, mayor celeridad y, por tanto, disminución del conflicto entre los cónyuges durante la tramitación judicial. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la separación o el divorcio de dos cónyuges cuya nacionalidad común no sea la española, sino por ejemplo la inglesa, se regirá por su legislación nacional común, es decir, por la Family Law Act de 1996.

El sistema británico exige a los cónyuges simplemente alegar la destrucción irreparable de su matrimonio, mediante una simple declaración escrita, para conseguir que se declare el divorcio. En caso de ser un divorcio consensual (undefended), se tramitará directamente ante la autoridad municipal (Country Court del domicilio conyugal), concediéndose un divorcio provisional. Pasados 6 meses y previa petición de cualquiera de las partes, será definitivo. En caso de ser un divorcio contencioso (defended), se tramitará ante los County Courts, órganos jurisdiccionales, en donde la parte demandante sólo tendrá que declarar por escrito la destrucción de su matrimonio (statement of marital breakdown), concediéndose un período de 9 meses a las partes para reflexionar sobre la posibilidad de salvar su matrimonio, pasado el cual se dictará sentencia de divorcio.

Sin embargo, se aplicará el Código Civil español cuando la demanda de separación o divorcio se presente de común acuerdo por ambas partes o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Habría que estar a cada caso concreto para decidir cuál sería la legislación aplicable, teniendo siempre en cuenta que el hecho de aplicar una legislación extranjera en un juzgado español hará que el procedimiento sea sustancialmente más lento. (Cuevas, s.f., p.2)

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. Presentación de resultados

Como ya se trató anteriormente, el matrimonio civil constituye uno de los pilares fundamentales de la sociedad, puesto que une a través de un vínculo jurídico a un varón y a una mujer, los cuales comenzarán a cumplir los derechos y obligaciones que le son inherentes. Ahora bien, como toda institución jurídica, ésta posee una forma de disolución, a la que en nuestra legislación se denomina como divorcio.

Tanto la institución jurídica del divorcio y el matrimonio han sido tratadas con anterioridad, habiéndose precisado los alcances generales que se deben de tener en consideración al momento de llevar a cabo un análisis más profundo y completo de lo que implica el divorcio por causal. En ese sentido, a continuación, se tratarán los fundamentos jurídicos por los cuales se considera que se deben suprimir las causales subjetivas del divorcio en nuestro Código Civil. Así tenemos:

- a) El respeto y optimización al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges.
- b) La dificultad probatoria que tiene el Juez para desentrañar los motivos del divorcio.
- c) Minimización de la afectación de los derechos constitucionales a la intimidad, honor y reputación de los cónyuges involucrados.
- d) La obtención de tutela jurisdiccional efectiva a través de la celeridad procesal.

3.1.1. El respeto y optimización al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges

Como se ha descrito anteriormente el libre desarrollo de la personalidad tiene que ver, como lo señala Carlos Mesía (2004, p.98), con la plena realización del individuo como ser humano. Es el derecho de todo ser humano a lograr la realización de su personalísimo proyecto de vida, lo que sería imposible de concretar si no se goza de los bienes materiales y espirituales (paz, tranquilidad, armonía, etc.) indispensables para una existencia digna y compatible con la condición humana.

Dentro de este contexto, advertimos que en el proceso de divorcio por causal subjetiva, esta libertad fundamental no se materializa, todo lo contrario se vulnera, pues la propia legislación civil peruana en el artículo 335° establece “*la prohibición de fundar la demanda en hecho propio*”, con lo cual, el cónyuge que propicio el incumplimiento de los deberes conyugales del matrimonio, no podría invocar dichas causales, y se vería atado a continuar en una relación resquebrajada por mucho tiempo. A ellos se debe sumar la dificultad para acreditar dichas causales, en virtud a que no siempre se cuenta con los medios de prueba suficientes e idóneos para llegar a tal fin, o, muchas veces, la invocación de estas causales propician la vulneración del honor y la intimidad de los cónyuges, o simplemente transcurre el plazo para invocarlas, por lo que, al suceder ello, el cónyuge accionante se vería atado a mantener una relación matrimonial resquebrajada durante largo tiempo, a la que ya no desea

seguir unido, lo que generaría una merma en el desenvolvimiento normal en todos los ámbitos de su vida.

Entonces podemos decir, que el proceso de divorcio en donde se exige la acreditación de una causal o motivo de la ruptura del vínculo matrimonial, resulta ser lesivo para el adecuado cumplimiento del proyecto de vida que cada uno de los cónyuges puede tener, pues al verse involucrados en un proceso de tal magnitud como es el de divorcio, se ven atados por un largo tiempo a los juzgados y a estar reviviendo los motivos que han ocasionado la separación. En este sentido, es necesario que el Estado en virtud de sus atribuciones y poderes, vaya más allá de exigir a los cónyuges que prueben determinada causal para ahí recién dictaminar la separación, siendo necesario que se restablezcan y rediseñen instituciones jurídicas que cumplan con dar solución a los problemas en un corto tiempo y sin tantas trabas de por medio, logrando proteger la dignidad de la persona reflejada en los planes de vida de cada uno de los cónyuges, quienes al manifestar su deseo de disolver el vínculo, están expresando adecuadamente un nuevo proyecto de vida, por lo que el Estado debe facilitar los medios jurídicos para proteger adecuadamente a las partes involucradas.

De otro lado, es preciso también señalar que si la institución jurídica del matrimonio es libre, es decir, si los novios escogen unirse a través de un vínculo jurídico cuando ellos lo consideran adecuado y con la persona que eligen, su disolución también debe tener el mismo carácter electivo, puesto que no se puede obligar a una persona a estar atada a otra en

contra de su voluntad restringiendo injustificadamente su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, supeditando su divorcio a la invocación de alguna causal prevista en el artículo 333 inciso del 1 al 11.

Un proceso de divorcio unilateral sin justificar el motivo de la separación, evitaría también el menoscabo emocional que sufren los cónyuges, quienes ven la necesidad de exponer su vida y su intimidad en la actividad probatoria de estos procesos, ocasionando además el rompimiento total de las relaciones familiares.

Este mismo criterio ha sido tomado en la Legislación Argentina, al elaborar el anteproyecto de la Ley N° 26994- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que suprimió las causales subjetivas del divorcio. La Comisión consideró que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros; por tanto, el régimen de disolución del matrimonio que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, incide en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad y por tanto se trata de una medida legislativa que restringe injustificadamente ese derecho.(Uribe, 2013, p.95)

En la legislación española, también se suprimieron las causales subjetivas de divorcio, al introducir en dicho ordenamiento jurídico un sistema de

divorcio incausado, a partir del 08 de julio del 2005. La exposición de motivos de dicha legislación, se sustentó, principalmente, en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de su Constitución, al reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge.

Asimismo, se estableció que el ejercicio de los cónyuges a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, en razón que cuando la armonía de las relaciones familiares llega a desaparecer, es muy difícil pensar en el desarrollo personal de sus miembros, no solo de los cónyuges sino también de los hijos, ocurriendo que el conflicto abarca todas las áreas de la vida y conduce a un sentimiento de fracaso, entonces es cuando el orden público debe reconocer que ya no es el matrimonio el cauce del desarrollo esperado, sino que se convierte en un enemigo de este desarrollo. (Uribe, 2013, p.97)

Teniendo en cuenta estas apreciaciones es que coincidimos en afirmar que el libre desarrollo de la personalidad implica bienestar tanto físico como espiritual de la persona, sin embargo, en un proceso de divorcio este derecho se ve afectado, pues de la forma como se encuentra regulado la disolución del vínculo matrimonial en nuestro ordenamiento jurídico, advertimos que no tiene en cuenta este derecho que corresponde a ambos cónyuges, por el contrario, pareciera ser un derecho exclusivo

para uno de ellos, afectándolo, haciéndolo parte de un abuso de derecho al supeditar la voluntad del cónyuge para separarse a la acreditación de causales establecidas en la ley.

Ahora bien, en cuanto a la autonomía de la voluntad es un concepto que puede ser entendido desde diversos puntos de vista, siendo el más común el usado en la teoría del negocio jurídico. Sin embargo, en un sentido amplio podemos entender que la autonomía de la voluntad “*hace alusión al predominio de la iniciativa propia e implica la ausencia de un mandato externo a la propia dirección hacia la cual se encamina la voluntad individual*” (Rodríguez, 2011, p. 116) Como vemos, la autonomía es esa facultad otorgada a los sujetos de derecho para que puedan ejercer libremente sus derechos, sin que haya de por medio una fuerza externa que los obligue a realizar determinado acto. En este caso, el cónyuge que solicita el divorcio lo hace conforme a la convicción de que el vínculo matrimonial debe disolverse.

En este sentido, la autonomía de la voluntad debe ser prioritaria al momento en que se analice un caso de divorcio, pues el cónyuge demandante al hacer uso de su derecho de acción, pone de manifiesto su deseo de disolver el vínculo matrimonial. El autor Alessandri, citado por Rodríguez, acerca de la autonomía de la voluntad refiere que ésta se refiere a “*la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración*” (2011, p. 116)

En esta última definición se evidencia que la autonomía de la voluntad también abarca la facultad de establecer que duración va a tener un determinado acto. En este contexto, cabe precisar que el matrimonio en virtud de su carácter jurídico, es susceptible de ser disuelto a través de la autonomía de los cónyuges, quienes al haber tomado la decisión de unirse en matrimonio, pueden también decidir cuándo ponerle fin a éste. Sin embargo, el legislador peruano, al haber previsto como un requisito para invocar el divorcio sustentar una causa de la separación, se está obstruyendo la capacidad de decidir disolver el vínculo, toda vez que, el legislador ha puesto trabas en la adecuada resolución de este tipo de conflictos. Esto conlleva a establecer que en la actualidad, en un proceso de divorcio, existe una vulneración al principio de autonomía de las partes, pues estas al manifestar su voluntad de disolver el vínculo matrimonial, tienen que pasar por sustentar los motivos de la separación en un proceso lato y engorroso atentatorio de derechos al honor y a la intimidad.

En este orden de ideas, podemos concluir que, nuestro Código Civil, al establecer causales subjetivas de divorcio, no promueve el respeto y optimización al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges, debido a que supedita la voluntad de los cónyuges de disolver el vínculo conyugal a la necesidad de exponer los motivos de la ruptura de su relación matrimonial, quedando expuesto y sin protección estos derechos. Además, podemos decir que el matrimonio como institución fundadora de la familia, permiten coacciones a las libertades personales de los cónyuges, como la imposición de un estado

civil y la imposibilidad de desarrollar libremente su personalidad, esta situación tendría solución si se permitiría que la decisión unilateral de alguno de los cónyuges de divorciarse sin alegar causa alguna se posible, pues la discusión en torno a las causales del divorcio, sobre todo las causales subjetivas, y su camino para demostrarlas entorpece la autonomía privada.

3.1.2. Dificultad probatoria que tiene el juez para desentrañar los motivos del divorcio

La actividad probatorio en todo proceso es fundamental, no solo porque va a permitir a las partes acreditar fundamentar sus pretensiones, sino también porque va a generar convicción en el juzgador sobre los hechos alegados por las partes. Sin embargo, en el proceso de divorcio por causal subjetiva esta actividad probatoria se torna compleja, no solo porque en muchas de las causales subjetivas es difícil conseguir evidencias probatorias que las acrediten el motivo de la ruptura matrimonial, sino, también porque la actuación de medios de prueba que persigan demostrar la causal invocada, atenta contra el honor y reputación así como la intimidad personal y familiar de los cónyuges.

Una de las causales más difíciles de probar es el adulterio, pues como lo ha señalado Carbonell Lazo (2006, p. 133), no es fácil conseguir evidencia del acto sexual (ilegítimo) que se realiza en la intimidad. El medio probatorio por excelencia que nos permite probar la configuración del adulterio es la partida del hijo extramatrimonial; y si bien se admite otro

tipo de pruebas de presunciones las mismas tienen que ser precisas y concordadas, que permitan conducir natural y razonablemente a la convicción de que se está en presencia de una relación adulterina, la cual es de difícil demostración.

Esta situación, conlleva a que el cónyuge afectado tenga que hacer un esfuerzo máximo para lograr conseguir los medios probatorios idóneos. A esto debemos añadir que también existe dificultad para determinar el computo del plazo de caducidad de la acción, pues si bien el artículo 339° del Código Civil establece que la acción basada en el adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida, al ser dicha causal de adulterio de difícil demostración, no se puede determinar con exactitud desde cuando iniciaron las relaciones adulterinas por el cónyuge culpable.

Otro problema que se presenta aquí, es que muchas veces los medios que se consiguen vulnerar los derechos fundamentales, tales como la intimidad y el honor de la persona, y por tanto tiene que ser desestimados, por lo que el adulterio seguirá siendo una de las causales más difíciles de probar.

De otro lado, tenemos la causal de violencia física o psicológica, la misma que si bien es en cierta forma más fácil de probar, igual se encuentran dificultades, puesto que en la actualidad existen pericias y exámenes médicos que contribuyen a demostrar esta causal, pero aun así, se ha

indicado que las copias certificadas de denuncias policiales por maltratos, son poco consideradas por entenderse como declaraciones de la parte interesada. No obstante a veces por su número, resultan representativas de la causal y en especial cuando se acompañan con el certificado médico-legista, en el que consta el grado y tipo de lesiones sufridas (Cabello, 1999, p. 331)

También, conviene precisar que el daño causado durante el tiempo que duró la relación se alarga por la duración del proceso, puesto que no sólo basta con haber sido víctima de la violencia, sino que además debe ver a su agresor constantemente, esto a causa de la duración del proceso de conocimiento, en donde se han establecido plazos mucho más largos. Esto conlleva a que la víctima de la agresión esté en un constante estado de estrés, en donde se expone no sólo a la tensión de la duración del proceso, sino a posibles amenazas de su agresor, quien intentará por todos los medios demostrar que él no ha ocasionado la violencia.

Se ha contemplado en nuestra legislación el atentado contra la vida del cónyuge, causal que resulta ser de difícil probanza, esto debido a que el cónyuge afectado tendrá que reunir suficientes medios probatorios para demostrar la intención de matar del cónyuge culpable, para lo cual estos medios deberán ser lo suficientemente convincentes como para poder crear certeza en el juzgador de que efectivamente se ha incurrido en este causal; y si bien esta causal se hace fácil de probar cuando de por medio existe ya un proceso penal por tentativa de homicidio, creando certeza en

los argumentos que expone el cónyuge afectado; sin embargo, dicha situación también vulnera en demasía los derechos del cónyuge, puesto que al iniciar primero el proceso penal, este deberá esperar que haya sentencia firme contra su cónyuge para recién iniciar un proceso de divorcio, exponiéndolo no sólo a otro atentado contra su vida, sino también se obliga al afectado a seguir unido(a) a través de un vínculo matrimonial con una persona no deseada, vulnerando la psiquis de la víctima, puesto que se expone a una situación de estrés.

La cuarta causal de divorcio que ha sido contemplada en nuestro código civil es la “injuria grave que haga insoportable la vida en común”. Esta ha sido definida en la sentencia del Tribunal Constitucional como “toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 1996, pár. 12)

Ahora bien, conforme se aprecia de dicha definición el elemento “gravedad” en la causal de injuria grave es determinante, por ser el que legitima la imposibilidad del cónyuge agraviado de reanudar su vida conyugal. Al juez de la causa le corresponde apreciarla, ameritando si se hace justificable o no la disolución del vínculo matrimonial, la cual se hará tomando en cuenta la educación, costumbres y conducta de ambos cónyuges (Peralta, 2002, p. 313). De esto se puede deducir que probar la causal de injuria grave resulta complicado, además se encuentra

supeditada a la valoración o apreciación, que de manera subjetiva, se realice en los tribunales, quienes consideran su gravedad de acuerdo a la ofensa reiterativa, publicidad, etc.

La quinta causal que ha señalado el Código Civil es el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos. Evidentemente este abandono necesariamente debe ser prolongado, para que así pueda configurarse esta causal. Ahora bien, el tiempo que establece esta ley es demasiado largo, puesto que durante éste el cónyuge afectado tendrá que soportar seguir unida a su cónyuge a pesar de que este ya se encuentra con otra persona o simplemente se ha perdido contacto con él, esto sin perjuicio de que el cónyuge al alejarse del hogar dañe con sus actos la reputación y dignidad de su pareja, a pesar de que ya no estén juntos. Esta causal se puede demostrar a través de una denuncia policial por abandono de hogar conyugal e incumplimiento de deberes de asistencia, la cual también debe ir corroborada por otros medios probatorios. El problema de probanza de dicha causal se suscita cuando el cónyuge que decidió alejarse del hogar, mantiene comunicación con su cónyuge, pues esto demostraría sus intenciones de continuar con el matrimonio, situación que quizá por el alejamiento no desearía el cónyuge. (Peralta, 2002, p. 317).

Esto genera que, al momento de probar, no se configure el incumplimiento de los deberes de asistencia y demás, puesto que se mantendría vigente la comunicación entre los cónyuges, y por ende, el magistrado no pueda

disolver el matrimonio, aun cuando haya de por medio el abandono injustificado. Estos problemas de probanza representan en su mayoría una gran dificultad para obtener el divorcio, puesto que es necesario que todos los supuestos establecidos en las causales se cumplan a cabalidad.

La siguiente es la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, la misma que debe entenderse como aquella “secuencia de actos deshonestos, que afectando la personalidad del otro cónyuge causan en él un profundo agravio, que se verá ahondado con el escándalo público que por lo general conllevan, perjudicando profundamente la integridad y dignidad de la familia” (Cabello, 1999, p. 250). La probanza de dicha causal también resulta un tanto complicada, pues si bien los hechos denunciados como deshonorosos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitidos por la ley procesal, sin embargo, al tener esta causal una carácter muy subjetivo, se deja a la facultad del juzgador el poder analizar si constituye una conducta “deshonrosa”, la cual por lo general se realiza tomando en cuenta criterios como la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges (Peralta, 2002, p. 315). Lo que complica la situación de probanza, más aún cuando generalmente los medios de prueba presentados tienen que ver con la esfera íntima de la vida de los cónyuges, estando supeditado a su rechazo por parte del juzgador.

De otro lado, tenemos el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanías. En esta

causal se debe demostrar que el cónyuge es adicto a determinadas sustancias que causan alucinaciones, esto se puede hacer a través de una pericia médico legal. Sin embargo, esta no será suficiente para determinar la adicción que pueda tener el cónyuge, debiendo además incluir otras pruebas que contribuyan a reforzar lo dicho por el médico, lo que significa que el cónyuge demandante tenga que obtener los medios probatorios para que se declare el divorcio por esta causal. Sin embargo, a pesar de ser pruebas que pueden ser relativamente fáciles de conseguir, el sólo hecho de tener que realizar este esfuerzo aunado al problema familiar que se vive con el cónyuge adicto, generan una situación de tensión y malestar que podría evitar si simplemente no fuera necesario tener que probar un hecho tan delicado para la familia.

Otras de las causales es la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después del matrimonio. Evidentemente esta causal genera daños en la salud del cónyuge sano, pues corre el riesgo de contagiarse, esto a causa del desconocimiento de la enfermedad. Para probar la existencia de esta causal es necesario que el cónyuge se realice un examen médico en donde se pueda determinar que la enfermedad ha sido contraída después del matrimonio, lo que implica que este sea sometido a diversas pruebas, a las que el cónyuge enfermo puede negarse, lo que generaría aún mayor problemas, puesto que sin su consentimiento no podría evaluársele en una clínica o hospital. Ahora bien, el sólo certificado médico que indique la existencia de la enfermedad, no basta sino que debe determinarse que necesariamente esta ha sido contraída luego de

haberse casado, lo que implica que el cónyuge demandante deba solicitarle al médico que determine el tiempo que lleva enfermo su cónyuge. Adicionalmente, todos estos exámenes y análisis médicos generarán un costo, el cual puede ser elevado, lo que generaría una merma económica en los cónyuges, además del pago de tasas judiciales para el proceso de divorcio.

La novena causal es la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, la cual está definida doctrinariamente como el “trato carnal que mantiene un cónyuge con persona de su mismo sexo” (Orihuela, 2012, p.30). La probanza de dicha causal también resulta de difícil demostración pues no solo hay que acreditar la realización de relaciones íntimas entre el cónyuge culpable con una pareja de su mismo sexo (lo cual desde ya es complicado por afectar la intimidad y dignidad de los cónyuges), sino también es necesario acreditar que dicha homosexualidad es sobreviniente a la celebración del matrimonio, la se determina a través de una pericia, sea psicológica o médica, para establecer desde cuando existieron las diferentes preferencias sexuales del cónyuge culpable. Sin embargo, puede darse el caso de que el cónyuge homosexual se rehúse a pasar dicha prueba psicológica o médica en general, ya sea por miedo al rechazo o a las burlas de sus más allegados. Esto ocasiona que la sola presentación del video o testigos no se suficiente para probar una causal de esta índole, pues no sólo se trata de una condición psicológica, sino que es un estilo de vida, una opción que para muchos es vedada. Siendo así acerca de esta causal se ha establecido que la distinción legal en la

oportunidad en que ha de surgir el problema, a nivel práctico, presenta algunos inconvenientes, ello en razón de los caracteres singulares de estas desviaciones, dificultándose una determinación certera de la ocasión en su aparición. Ya que por lo general se proyectan en forma latente o manifiesta a lo largo de la historia vital del individuo, siendo además susceptibles de ser reprimidas o encubiertas maliciosamente por quien las sufre (Cabello, 1999, p. 289)

En ese sentido, la demostración de esta causal no sólo resulta ser difícil de probar a causa de lo complicado que puede ser determinar con pruebas las preferencias sexuales diferentes, sino que también expone y afecta la dignidad de ambos cónyuges.

Como siguiente causal tenemos la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad no mayor de dos años, sanción que según indica la ley, debe ser impuesta de forma posterior al matrimonio. Evidentemente el único medio probatorio que se debe presentar en este caso es la sentencia que condena al cónyuge a una sanción privativa de la libertad, para que así se pueda demostrar fehacientemente que el delito y la responsabilidad recae sobre el cónyuge procesado. Ahora bien, el problema sobreviene cuando antes de la sentencia del proceso penal, el cónyuge desea divorciarse, puesto que mientras que no se haya demostrado la culpabilidad, seguirán unidos por el vínculo matrimonial. Aunado a ello, el tiempo en que se resuelva el proceso penal puede conllevar a meses o años, puesto que si bien en la actualidad existe cierto

grado de celeridad, este sigue demorando a causa de la carga procesal de los juzgados penales, lo que hace que el cónyuge deba esperar más tiempo del que debería para poder disolver el vínculo.

La causal de imposibilidad de hacer vida en común, resulta ser un concepto amplio, puesto que en la doctrina se ha afirmado que requería de un mayor análisis y de un trabajo legislativo de extenso alcance interdisciplinario, pues si bien coincidimos en que resulta imposible la convivencia en condiciones adversas al natural desarrollo del ser humano y de los hijos, no puede improvisarse normas que no van a proporcionar soluciones adecuadas a esta conflictiva sin un trabajo técnico y sustentado (Álvarez Olazabal, 2006, p. 160)

En ese sentido, si bien la causal establecida por nuestros legisladores peruanos es adecuada, esta debe ser tratada con cuidado y bajo el análisis de la doctrina adecuada, haciendo una interpretación adecuada de la ley. De otro lado, cabe precisar que opinión vertida por el autor es compartida, puesto que el divorcio por causal está muy lejos de ser una solución adecuada para la disolución del vínculo, puesto que la probanza de cada de una las causales se ha convertido en un verdadero problema que no sólo involucra a las partes interesadas en el proceso, sino también a la sociedad en general.

Ahora bien, el que exista en la actualidad causales para el divorcio, en su momento contribuyó a proteger a la familia de cierta manera, puesto que

se debe tener en consideración que la dación del Código Civil, fue bajo otras circunstancias y motivos, los cuales en la actualidad ya resultan ser desfasados. Este argumento se ha demostrado con el cambio de las leyes que regulan este proceso en los diversos países del mundo, tal es el caso de nuestro país hermano de Argentina, en donde en la actualidad el divorcio es invocado sin la necesidad de argumentar una determinada causal. Entonces, al haber cambiado las circunstancias bajo las cuales se debía invocar una causal, las figuras jurídicas bajo esta concepción también debieron cambiar, situación que recientemente ha sido adoptada en México.

La probanza de las causales expuestas no sólo resulta ser tediosa para las partes, sino que se convierte en una actividad engorrosa también para el magistrado, quien deberá valorar cuidadosamente cada medio probatorio que deba ser incorporado al proceso, verificando su constitucionalidad y la no vulneración de los derechos fundamentales de los cónyuges.

En la actualidad es necesario que existan otros medios para proteger a la familiar, pues más allá de dificultar el divorcio, lo idóneo sería que la disolución del vínculo sea rápida, para así evitar que los cónyuges sigan enfrentándose en los juzgados, situación que no sólo vulnera a los frágiles lazos entre ellos, sino también a los hijos que existan de por medio.

3.1.3. Minimización de la afectación de los derechos constitucionales a la intimidad, honor y reputación de los cónyuges involucrados

La protección de los derechos constitucionales resulta ser una prioridad para el Estado de nuestro país, o al menos en teoría debería ser así. Sin embargo, a pesar de todo el avance jurídico y tecnológico que en la actualidad presenciamos, existen aún ciertas falencias y lesiones a estos derechos, las cuales deben ser resueltas en el menor tiempo posible. Esta afirmación tiene sustento en lo establecido en el acápite precedente, con respecto a los procesos de divorcio por causal subjetiva, pues es en éstos procesos en donde existe mayor incidencia a la afectación de derechos constitucionales como la intimidad personal y familiar, y el honor y reputación de los cónyuges, toda vez que es en la actividad probatoria de estos procesos que las situaciones familiares y conyugales se ven más expuestas.

En ese sentido, conviene establecer cuáles son los alcances generales que engloban a estos derechos constitucionales. Así en cuanto al derecho a la intimidad tenemos que el jurista García Toma, quien trata acerca de este derecho señala que conlleva los dos aspectos siguientes:

1. Conservación de la vida privada, es decir, de ciertos aspectos o manifestaciones que pertenecen al ser humano y que no deben ser públicos.
2. Se trata pues de una institución jurídica que intenta guardar distancia por parte de los terceros, para que así no se atente contra las costumbres personales o familiares, puesto que la

intimidad abarca ambos ámbitos (García Toma, 2013, p. 325-328)

Como vemos, lo acotado por García Toma, es importante para entender de mejor forma los ámbitos que abarca el derecho a la intimidad. Ahora bien, al obligar al cónyuge demandante a invocar y acreditar, necesariamente, alguna de las causales subjetivas previstas en el artículo 333 inciso del 1 al 11, es necesario que se ventilen en el juzgado las diversas situaciones familiares y personales de éste, quien más allá de querer hacer pública su situación, desea acabar con el vínculo matrimonial que está causando una merma en el desarrollo normal como personal, tanto de él como de los hijos que tuviera con su cónyuge, si los hubiera. También, se hace mención que la intimidad no es sólo un derecho fundamental que ha sido adquirido, sino que es innato al ser humano por su condición de tal, pues se encuentra ligado a la dignidad, derecho supremo regulado en nuestra Constitución Política.

Este derecho cobra una vital importancia en la vida familiar, que nace como consecuencia del ejercicio de los derechos subjetivos familiares que dan lugar a una serie de relaciones jurídicas de orden familiar, como es en la relación paterno filial y la relación conyugal u otras relaciones similares (Carmona & Vigil, 2015, p. 80)

Siendo así, se evidencia que en el ámbito familiar cobra mayor importancia el derecho a la intimidad, toda vez que, como se ha afirmado nace del ejercicio de los derechos que se generan por el matrimonio y la formación de una familia, lo que origina que se formen determinadas relaciones, ya sean padres- hijos o viceversa. Esto ocasiona que el derecho a la intimidad en este ámbito, necesite de una mayor protección, toda vez que la familia al ser el núcleo de la sociedad, es importante que no se vea afectada y mucho menos destruida a causa de la exposición de los problemas familiares.

En ese sentido, el divorcio por causal, vulneraría el derecho fundamental a la intimidad, en el entendido de que se pondrían de manifiesto las relaciones personales y familiares que existen en la familia que se está separando, haciendo partícipe a los terceros de la relación de los cónyuges. Esta situación definitivamente debe cambiar, no sólo para la facilitar la disolución del matrimonio, sino para minimizar la afectación al derecho a la intimidad familiar.

De otro lado, tenemos la afectación al derecho al honor, el cual a palabras de Fernández Sessarego (2007) no es otra cosa que un bien no patrimonial que implica la conciencia de la propia dignidad, esto gracias a la calidad de persona, haciéndolo digno de una tutela jurídica amplia.

Siendo esto así, podemos decir que el honor no es otra cosa que aquel derecho que, al igual que la intimidad, se encuentra intrínsecamente relacionado con la dignidad de la persona humana, toda vez que son inherentes a ésta. En ese sentido, al ser un derecho fundamental que requiere de especial protección, es necesario que se evite cualquier vulneración de éste, lo que implica que aquellos procesos que puedan dañar el honor de las partes sean reformados para que así ya no sucedan mayores vulneraciones a este derecho. Así tenemos que, a través del proceso de divorcio por causal subjetiva que se viene ocasionando la transgresión de los mismos, toda vez que el honor de los cónyuges se encuentra siendo vulnerado a causa de la invocación de causales subjetivas, teniendo en consideración que la mayoría de estas tienen una relación directa con la intimidad y el honor de los conyuges e integrantes de la familia. Esto debido a que, por ejemplo, si el cónyuge demandante alega como causal la homosexualidad de su pareja, este será expuesto no sólo a una posible discriminación, sino también a que la sociedad cambie la perspectiva de la imagen que había creado, haciendo que pueda ser susceptible de agresiones.

Asimismo, la Constitución Política de nuestro país ha regulado en el artículo N° 2 inciso 7 lo siguiente: Toda persona tiene derecho: 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Entonces, vemos que tanto el concepto de honor como el de buena reputación se encuentra vinculados por los conceptos que ahí se engloban. Por lo que, conviene

acotar que según Chanamé Orbe, al citar a Espinoza Espinoza, refiere que:

Con respecto al Derecho al Honor y la Reputación, Juan Espinoza Espinoza señala que: “El derecho al honor es la situación jurídica en la que se reconoce a la persona en tanto un valor en sí misma y depositaria de una especial dignidad y frente a ello se la protege respecto de los juicios de valor que se puedan hacer de ella”. El honor puede ser subjetivo (cuando el juicio de valor lo hace la propia persona), denominado también honra y objetivo (cuando el juicio de valor lo hace la colectividad), conocido además con el nombre de reputación (Citado por Chaname Orbe, 2011, p. 73).

A continuación citaremos algunos ejemplos de cómo en los procesos de divorcio por causal subjetiva se ven afectados estos derechos constitucionales al honor y reputación y la intimidad personal y familiar.

Ejemplo 1

Casación Nº 5517-2009-Cajamarca

Demanda

Se trata del proceso de divorcio iniciado en el Primer Juzgado de Familia de Cajamarca, por Carlos Alberto Hernández Condori, en contra de Yessy Catherine Ruiz Rodríguez, atribuyéndole la causal de conducta deshonrosa contemplada en el artículo 333 inciso 6 del Código Civil.

Fundamentos fácticos

Los fundamentos fácticos del demandante son: **i)** Atribuye a su cónyuge desviar dinero que le giraba para los gastos del hogar conyugal a una tercera persona; y **ii)** Le atribuye la culpa de haberle imputado la paternidad de un menor nacido antes del matrimonio, sobre lo cual una

prueba de ADN concluye que el demandante no es el padre biológico del menor.

Sentencia primera instancia

La demanda es declarada fundada en primera instancia, en merito a que respecto a la segunda imputación de conducta atribuida, se ha establecido que el cónyuge demandante no es el padre del menor hijo de la demandada con el resultado del informe pericial de ADN ordenado por el juez de la causa, obrante de fojas doscientos cincuenta y tres a doscientos cincuenta y cuatro, lo que lleva a concluir que la cónyuge emplazada incurrió en conducta deshonrosa que hace imposible la vida en común, consistente en la falsedad mantenida durante la vida matrimonial, conducta que está contra la moral y el respeto a la familia; por lo que la gravedad del hecho hace imposible moral y materialmente la vida en común de los esposos, pues al tener la certeza de que el menor no es hijo biológico del demandante crea entre los cónyuges una situación imposible de ser sobrellevada con dignidad

Sentencia de vista

La Sala Civil de Cajamarca, revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declaró infundada la demanda de divorcio por la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, sustentando su fallo en el hecho de que las atribuciones realizadas por el demandante a la demandada no constituyen un acto deshonesto realizado dentro del matrimonio por cuanto el menor nació en el año dos mil uno, es decir antes de efectuarse el mismo.

Casación

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, decidió casar la sentencia de vista de fecha dos de noviembre del dos mil nueve, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, confirmando la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de divorcio interpuesta por Carlos Alberto Hernández Condori, por la causal de conducta deshonrosa consistente en la falsedad mantenida por la demandada sobre la paternidad del menor Diego Alberto, atribuida al demandante, por cuanto no se ha tenido en cuenta que en el presente caso no se trata de un acto aislado, sino permanente, pues si bien se originó antes del matrimonio ha sido ocultado por el cónyuge demandado durante su vida matrimonial hasta que mediante la prueba de ADN han sido revelados

Fuente: Elaboración propia

Comentario

Como podemos darnos cuenta de la casación antes señalada que en los procesos de divorcio por causal subjetiva (como el divorcio por conducta deshonrosa), la afectación a los derechos constitucionales al honor o reputación y la dignidad e intimidad personal, se ve agravada aún más, pues el cónyuge demandante no solo tiene que afrontar el dolor de ver mancillado su honor y dignidad como persona al saber que su cónyuge le fue infiel y, le hizo creer falsamente que era padre de un hijo producto de una relación extramatrimonial, sino que con el afán de ver amparada su pretensión de divorcio, se verá en la necesidad de exponer su caso ante un tribunal, a efectos de poder acreditar la causal de divorcio y poder lograr que amparen su pretensión.

Ejemplo 2

Casación Nº 3562-2013-Lima Norte

Demanda

Se trata del proceso de divorcio iniciado por Gloria Luz Galván Maticorena, en contra de su cónyuge Gregorio Flores Mora, sobre divorcio por causal de adulterio, violencia física y psicológica, conducta deshonrosa y de separación de hecho, a fin de que se declare disuelto el vínculo matrimonial y como pretensión accesoria plantea la tenencia y custodia de sus hijos a favor de su madre Donata Mariconera Llacza.

Fundamentos fácticos de la demandante

“... contrajo matrimonio con el demandado el día catorce de marzo de mil novecientos ochenta y seis y que el día veinte de febrero del dos mil, se ha retirado del hogar conyugal, para refugiarse en la casa de su madre, por las constantes situaciones de violencia que ha venido ocurriendo en su hogar. Además refiere que el demandado ha procreado dos hijos fuera del matrimonio de nombre Anderson y Hildebrando de 03 y 01 año de edad, con la persona de Norma Chávez Ramírez, lo que evidencia su infidelidad”.

Fundamentos facticos de la contestacion

Al contestar la demandada el demandado señala que: “respecto de la causal de violencia física y psicológica que es cierto que ha sido denunciado indebidamente por la demandante, sin embargo, solo una de ellas se viene ventilando ante el Poder Judicial y las demás han sido archivadas, que con fecha diecinueve de febrero cuando se encontraba de servicio en la Policía, y aprovechando su ausencia la demandante abandono el hogar conyugal para trasladarse al domicilio de sus padres conjuntamente con sus hijos menores, llevándose consigo todas sus pertenencias en su hogar valorizado en ocho mil dólares

Que la demandante ha incurrido en adulterio y por ello ha sido infectada con VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana), y para simular dicho caso de ha valido de diferentes medios y artimañas como abandonar el domicilio conyugal, privándole de sus hijos, violando el régimen de visitas en colusión con su madre quien tenía la tenencia...”.

Sentencia de primera instancia

La demanda es declarada fundada por la causal de separación de hecho e infundadas las pretensiones de divorcio por la causal de violencia física y psicológica, conducta deshonrosa y adulterio, en consecuencia se declaró disuelto el vínculo matrimonial, y fenecida la sociedad de gananciales.

Sentencia de segunda instancia

La Primera Sala Civil de Lima Norte, aprobó la sentencia que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho e infundada la demanda por la causal de violencia física y psicológica, conducta deshonrosa y adulterio.

Casacion

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, decidió declarar fundado el recurso de casación interpuesto por Gloria Luz Galván Marticorena; en consecuencia, declaró nula la sentencia de vista de fecha veintinueve de mayo del dos mil trece, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia apelada, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho e infundadas las pretensiones de divorcio por causal de violencia física y psicológica, conducta deshonrosa y adulterio; ordenaron que la Sala Civil, expida nueva resolución conforme a ley y lo señalado en la referida resolución.

Fuente: Elaboración propia

Comentarios

Como podemos darnos cuenta en la casación antes señalado, el divorcio en el presente proceso fue concedido por la causal objetiva de separación de hecho, por lo que las alegaciones de ambas partes expresadas en sus escritos de postulatorios, que buscaron sustentar y desvirtuar las causales subjetivas de divorcio por adulterio, violencia física y psicológica y conducta deshonrosa, no solo no fueron relevantes para el juzgador al momento de calificar la fundabilidad de la pretensión de divorcio, sino que además agravaron la afectación al honor y reputación de los cónyuges, así como a su intimidad personal y familiar, al haberse alegado, en audiencia pública, cuestiones netamente personales como por ejemplo la enfermedad de VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana) que padecería la demandante.

Ejemplo 3

Casación 5060 – 2011 HUAURA

Demanda

Se trata del proceso de divorcio iniciado por Efraín Jaime Minaya Leyva, en el Juzgado de Familia de Huaura, en contra de su cónyuge Fabiana Bibiana Portella Sifuentes, sobre divorcio por separación de hecho y conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, a fin de que se declare disuelto el vínculo matrimonial que contrajo con su cónyuge el veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y ocho ante la Municipalidad Distrital de Huaura

Fundamentos fácticos

El demandante fundamenta su demanda alegando que: se encuentra separado de la demandada desde el año mil novecientos noventa y

nueve, en que tomó conocimiento de los actos adulterinos de aquélla, producto de los cuales procreó al menor de iniciales F.F.V.P., nacido el día catorce de julio del año dos mil. Señala también que con la demandante han levantado una casa de material noble ubicada en la manzana S, lote Doce, calle Bellavista, en el asentamiento humano “El Carmen” - Huaura, la misma que voluntariamente se la cede a sus hijos mayores. Finalmente, manifiesta que tras la separación, conoció a quien es su actual conviviente, con quien ha procreado tres hijos, todos menores de edad, razón por la cual solicita se declare el divorcio debido a la ruptura del vínculo matrimonial.

Al contestar la demandada la demandada niega y contradice las afirmaciones del demandante, y formula reconvenición para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y se le indemnice con la suma de treinta mil nuevos soles -S/.30,000.00- por el daño personal, moral y al proyecto de vida infringidos. Sostiene que se encuentra separada desde el año mil novecientos noventa y dos, a raíz de las desavenencias surgidas con el actor debido a las mejoras remunerativas que fueron otorgadas a éste por su empleadora, Azucarera Andahuasi, lo que dio lugar a un cambio repentino de su conducta, dedicándose a beber permanentemente y a la vida libertina, dejando a la suscrita y sus menores hijos en el más absoluto abandono moral y económico, pese a sus constantes reclamos, los cuales solo merecieron como respuesta agresiones físicas y psicológicas de su parte, llegando inclusive el actor a mantener una relación sentimental con la hermana de la propia demandada, lo que generó serios conflictos familiares. A consecuencia de ello, tuvo que irse a vivir a una invasión conocida como el asentamiento humano “El Carmen”, en donde actualmente domicilia con sus hijos, lugar donde con esfuerzo ha levantado una casa de material noble que es propia y no del actor, ya que éste los abandonó en el año mil novecientos noventa y dos. Añade que desde la separación se ha visto obligada a mantener a sus tres hijos gracias a los trabajos realizados en la chacra, pero en el año mil novecientos noventa y nueve -es decir, varios años después de la separación- sufrió un atentado contra su libertad sexual, producto del cual quedó embarazada de su menor hijo de iniciales F.F.V.P., no habiendo mantenido en ningún momento relación amorosa ni convivencia con el padre del menor, quien solo se limitó a reconocerlo, aceptando su responsabilidad. Agrega que debido a su estado de salud y de necesidad económica se vio obligada a entablar demanda de alimentos en contra del demandante, encontrándose el actor adeudando el pago de pensiones devengadas, a ello se aúna la negativa del demandante de ayudarla con la rehabilitación de su hijo Mercedes Jaime Minaya Portella, quien es adicto a sustancias

psicoactivas y se encontraba recibiendo tratamiento terapéutico profesional en el Centro de Rehabilitación “Rompiendo Cadenas”, lo cual tuvo que dejar por falta de recursos económicos.

Sentencia primera instancia

Se declaró infundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho y conducta deshonrosa interpuesta por Efraín Jaime Minaya Leyva y fundada la reconvenición de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes.

Sentencia de vista

La Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huara confirmó la sentencia apelada que declaró infundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho y conducta deshonrosa interpuesta por Efraín Jaime Minaya Leyva y fundada la reconvenición de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes.

Casación

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, decidió declarar fundado el recurso de casación interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes; en consecuencia, declaró nula la sentencia de vista obrante a fojas trescientos cinco, únicamente en el extremo que, integrando la sentencia apelada, declaró infundada la reconvenición de indemnización formulada por la demandada, y actuando en sede de instancia, revocaron la sentencia apelada en cuanto declara implícitamente infundada la reconvenición sobre indemnización de daños y perjuicios, y reformándola declara fundada dicha pretensión, y ordena que el demandante pague a favor de la demandada la suma de cinco mil nuevos soles S/. 5 000.00 por dicho concepto.

Fuente: Elaboración propia

Comentarios

Como podemos darnos cuenta en la casación antes señalado, el divorcio en el presente proceso fue concedido por la causal objetiva de separación de hecho, por lo que las alegaciones de ambas partes expresadas en sus

escritos de postulatorios, no solo fueron irrelevantes para el juzgador al momento de calificar la fundabilidad de la pretensión de divorcio, sino que atentaron contra la intimidad personal y familiar de los cónyuges así como su honor y reputación, al haber alegado las partes para su defensa cuestiones netamente personales como la alegación del demandante de que su cónyuge tenía ciertos actos adulterinos (afectando su honor y reputación), o las alegaciones realizadas por la demandada de que el demandante mantiene una vida libertina dedicada a beber, y que llegó inclusive a mantener una relación sentimental con su hermana (afectación al derecho al honor y reputación), así como el hecho de que se negó a ayudarla con la rehabilitación de su hijo Mercedes Jaime Minaya Portella, quien es adicto a sustancias psicoactivas y se encontraba recibiendo tratamiento terapéutico profesional en el Centro de Rehabilitación “Rompiendo Cadenas”; que evidencia una exposición innecesaria no solo a la intimidad de los cónyuges sino también a la intimidad de su familia.

De otro lado, en la doctrina comparada también se ha hecho mención a la afectación de estos derechos, cuando se aplicó en España el divorcio culpable o por causal (tal y como se lo conoce en Perú) que:

la práctica demuestra que los procesos judiciales de divorcio se convierten en largos, tortuosos y plagados de pruebas falsas, entrando a conocer los aspectos más íntimos de la pareja y detalles escabrosos, en más de una ocasión inventado, con el fin de obtener una sentencia lo más favorable posible a los intereses de cada parte (Martínez Escribano, 2013, p. 4)

Siendo así, es evidente que en los procesos de divorcio en donde se invoca una causal subjetiva para disolver el vínculo, los cónyuges se veían en la necesidad de crear las suficientes pruebas para demostrar sus alegaciones, lo que los conllevaba a que muchas veces se inventen muchas de ellas, para así conseguir un dictamen favorable.

Siendo importante citar como ejemplo que en el país de España el juez al momento de resolver un caso de disolución del vínculo matrimonial no entra en el ámbito íntimo de los cónyuges pues el fundamento real del divorcio reside en la voluntad de uno o los dos cónyuges de querer romper el vínculo, en ejercicio de su libertad personal, más que en la idea de intimidad (Ruíz-Rico Ruíz & Castaños Castro, p. 5)

El divorcio en donde el magistrado no tiene que corroborar la existencia de una causal, contribuye a que no se vulneren los derechos fundamentales que se relacionen intrínsecamente con la dignidad. Es decir, tanto la intimidad como el honor y la buena reputación, deben ser protegidos y otorgarles la connotación de derecho fundamental para que así no se vean vulnerados en ningún tipo de proceso. Así mismo, conviene precisar que este tipo de situaciones que ponen a los cónyuges en una situación incómoda y vulnerable, se puede evitar si se instaurara un tipo de proceso igual al de España, en donde basta la voluntad de unos de los cónyuges para disolver el vínculo marital, esto contribuye a que no se vulneren los derechos fundamentales que se encuentren relacionados con el proceso de divorcio y la intimidad de las partes.

De otro lado, también se afirma que esta modalidad de divorcio responde a la libertad personal, la misma que se encuentra relacionada con la dignidad de la persona humana.

Estos derechos, que se encuentran directamente relacionados con la dignidad, deben de ser valorados al momento de crear las leyes, puesto que no pueden ser vulnerados bajo ninguna circunstancia o proceso, menos aun cuando de por medio se encuentra el bienestar de menores, quienes sufren durante todo el proceso de divorcio.

3.1.4. Obtención de Tutela Jurisdiccional efectiva

En cuanto a la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva se puede afirmar que esta se encuentra relacionada con el derecho constitucional al debido proceso. El cual, no sólo es considerado un derecho de carácter fundamental, sino también humano. Por ello, es menester hacer alusión a lo que se entiende por este derecho, afirmando que:

(...) es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se le da le añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, llenándola de contenido (Martel Chang, 2002, p. 20)

Entonces, como vemos, la tutela jurisdiccional va más allá del acceso a los órganos jurisdiccionales, puesto que implica otros derechos, tales como las garantías procesales, las cuales no pueden ser ignoradas por ningún magistrado. De otro lado, tenemos que este acceso a la tutela es con la finalidad de conseguir el reconocimiento o defensa de determinados derechos, los cuales pueden verse vulnerados aún durante el tiempo en que se desarrolla el proceso. Aunado a ello, lo que le da sentido a esta institución abstracta de la tutela, es la efectividad, la misma que según el Diccionario de la Real Academia Española no es otra cosa que la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. Para tal fin, en el ámbito del derecho procesal se han instaurado diversos principios que inspiran el proceso acordes a ley y con las garantías adecuadas. Uno de estos principios es el de celeridad, el cual a palabras de Monroy Gálvez, no es otra cosa que la manifestación concreta del principio de economía procesal (...) se expresa a través de diversas instituciones del proceso como, por ejemplo, la perentoriedad o improrrogabilidad de los plazos (...) se presenta en forma diseminada a lo largo del proceso, por medio de normas impeditivas y sancionadoras a la dilación innecesaria, así como a través de mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes (2009b, pp. 206-207)

Evidentemente, la teoría de este principio nos recomienda como deberían de ser los procesos, sin embargo, en la práctica judicial se observa que el principio de celeridad de los procesos se ve vulnerado

a causa de diversos factores, siendo uno de estos la carga procesal que enfrentan los juzgados. A esta realidad se unen los juzgados de familia, los cuales son los únicos competentes para resolver los procesos de divorcio por causal, sumado al hecho de que el legislador peruano cuando incorporó diversas causales subjetivas de divorcio, propició a que, a través de la figura de la reconvención, se pueda invocar más de una causal subjetiva, que ocasiona la dilación de los plazos en el proceso de divorcio, toda vez que para acreditar estas causales subjetivas se necesita someter a los cónyuges a una ardua actividad probatoria que dilata el proceso. Siendo así, el principio de celeridad en este tipo de procesos se ve claramente afectada por la carga procesal y, por plazos exagerados que se ocasionan por la invocación de más de una causal subjetiva al momento de reconvir la demanda.

En ese orden de ideas al ser el divorcio por causal subjetiva un proceso que requiere de mayor análisis de las pruebas y, a criterio del legislador, mayor tiempo para resolverse, se ha convertido en un proceso engorroso que no sólo su probanza es dificultosa, sino que vulnera derechos constitucionales como el honor, la intimidad, más aún esta situación lesiva de derechos es extensa.

En este acápite conviene mencionar que las partes al encontrarse en litigio, son libres de aportar los medios probatorios que crean pertinentes, lo que genera que el magistrado debe tomarse mayor

tiempo para valorarlos. Luego, a tener que demostrarse las causales, se vuelve una carga para el demandante el tener que lidiar con un proceso de larga duración, en donde la otra parte puede actuar de mala fe y dilatar el proceso, convirtiéndolo en años de suplicio y tortura para el cónyuge demandante ante el juzgado. Aunado a ello, al existir carga procesal en los juzgados de familia, la resolución final no se dictará en el plazo establecido en el Código Procesal Civil, sino que tomará mayor tiempo, impidiendo que las partes prosigan con su vida normal. Este problema principalmente se debe a la ausencia de celeridad, lo que a su vez vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que como se hacía referencia líneas arriba, esta característica le da sentido a la tutela procesal efectiva, toda vez que, la efectividad no debe entenderse como una definición cerrada que involucra sólo el aspecto de dar solución a un problema, sino que esta debe expedirse en un tiempo prudente, sin que cause mayor vulneración de derechos en las partes.

Entonces, en los procesos de divorcio por causal subjetiva, no sólo se vulneran derecho como la intimidad y el honor, sino que además no existe una tutela jurisdiccional efectiva, puesto que no basta el acudir a un órgano estatal a solicitar que se resuelva un conflicto, sino que existen garantías procesales que necesariamente deben respetarse. Esta situación podría cambiar si la institución jurídica del divorcio por causal es reformada, y se empieza por anular las causales subjetivas, para que así el sólo hecho de manifestar el deseo del cónyuge de

disolver el vínculo, sea suficiente para darlo por fenecido. Esta afirmación se encuentra basada no sólo en las tres razones principales que en este capítulo se han expuesto, sino también por la experiencia jurídica que otros países han tenido al aplicarse esta nueva modalidad de divorcio..

Finalmente, el problema de la ausencia de celeridad en nuestro ordenamiento jurídico, vulnera de forma directa la adecuada obtención de la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que no resulta coherente que se hable de justicia, cuando esta demora en demasía; esta concepción debe ser aplicada al proceso de divorcio, puesto que en la realidad jurídica se evidencia no sólo la falta de celeridad, sino daños morales a los cónyuges, quienes exponen su vida privada durante todo el proceso, haciendo que el daño sea aún mayor, ocasionando serias mermas en su dignidad como personas.

A continuación se ha elaborado un cuadro comparativo de los plazos en 14 procesos de divorcio, a efectos de demostrar que la duración del proceso de divorcio por causal subjetiva es mucho mayor que en los procesos de divorcio por causal objetiva.

Tabla 1

EXPEDIENTE	CAUSAL	DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINO	DURACIÓN
285-2012-FC-03	ADULTERIO /RECONV. CONDUCTA DESHONROSA	Brunella Viviana Monteverde Urteaga	ALBERTO GONZALES OVIEDO	26/06/2012	10/03/2016	3 AÑOS 9M
914-2010-FC-03	ADULTERIO /RECONV. CONDUCTA DESHONROSA	CARLOS ALBERTO ROSARIO BOYD	LUZ EDITH RAMOS VALERIANO	14/09/2010	17/12/2014	4 AÑOS 4M
1297-2009-FC-03	SEPARACION DE HECHO/RECONV. IMPOS. HACER VIDA	GLORIA CHÀVEZ PACHERRES	RICARDO BECERRA CHÀVEZ	06/11/2009	20/04/2015	4 AÑOS 5M
1597-2013-FC-02	VIOLENCIA FAMILIAR	RAMIRO MUÑOZ RAMOS	MORIS NOEMI QUISPE CASAS	18/11/2012	15/04/2016	3 AÑOS 5 M
537-2013-FC-01	SEPARACION DE HECHO/RECONV. VIOLENCIA PSICOLOG	JORGE ROLANDO FALLA CORDERO	ESTEHER LEZAMA ROMERO	17/04/2013	11/03/2016	3 AÑOS
1081-2011-FC-01	CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE	MANUEL ERNESTO HERRERA MARTINEZ	LUZ TERESA SALDAÑA DE HERRERA	06/10/2011	30/12/2014	3 AÑOS 2M
782-2013-FC-03	IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMUN/RECOV =	WILMER CHUNQUE AGUILAR	LEONOR CHAUPE ESTACIO	07/06/2013	01/08/2016	3 AÑOS 2 M
438-2009-FA-01	SEPARACION DE HECHO	ANTERO REINERO BECERRA VÁSQUEZ	MARIA LUISA NAVIDAD ZAMBRADO	06/07/2009	21/07/2011	2 AÑOS
436-2010-FA-01	SEPARACION DE HECHO	FRANCO ELISER TOCAS	VÁSQUEZ MÀRQUEZ MARLENI	18/05/2010	27/12/2012	2 AÑOS 6 M
1902-2013-FC-02	SEPARACION DE HECHO	LUZ MARINA CHACON VILCA	JOSÉ CONCEPCION QUIROZ T.	08/01/2014	10/08/2016	2 AÑOS 7 M
1500-2014-FC-03	SEPARACION DE HECHO	JOSÉ ALBERTO ROCHA PAJARES	GIOVANA ZELADA ALDAVE	11/11/2014	26/10/2016	1 AÑO 11 M
1007-2012-FC-02	SEPARACION DE HECHO	WILDER TERRONES GUEVARA	MARINA SÀNCHEZ LLANOS	19/10/2012	19/05/2015	2 AÑOS 6 M
322-2012-FC-01	SEPARACION DE HECHO	JUAN MANUEL FLORES LOPEZ	LUCILA FLOR HUAMÀN OBLITAS	01/08/2012	29/01/2014	1 AÑO 5 M
00526-2012-FC-01	SEPARACION DE HECHO	GERMÀN EMILIO INCIL MOSQUEIRA	ROSA ELENA ORTIZ TEJADA	25/05/2012	18/03/2014	1 AÑO 11 M

Fuente: Elaboración propia

Interpretación:

De este cuadro se puede evidenciar que la duración de los procesos de divorcio por causal subjetiva es mucho mayor que la de los procesos de divorcio por causal objetiva, Así se puede apreciar que los procesos por causal subjetiva duran en promedio 3 a 4 años aproximadamente frente a los procesos de causal objetiva que el plazo de duración oscila en promedio entre 2 y 2 años y medio aproximadamente, tal como se puede evidenciar de la diferencia que resulta entre las fechas en que se emitieron las demandas, es decir, la fecha de emisión del auto admisorio; y las fechas de término del proceso.

Esto se debe a que en los proceso de divorcio por causal subjetiva, tal como se aprecia de la tabla, la parte demandada ha reconvenido otra

causal subjetiva, lo que provoca una dilación mayor de los plazos en el proceso, pues al amparo de lo previsto en el artículo 478 del Código Procesal Civil, se tiene treinta días para absolver el traslado de la reconvencción, con lo que la duración del proceso se haría más extensa, a ellos hay que agregar la compleja actividad probatoria a la que se someten a los cónyuges para determinar el motivo o causa de la separación.

En ese sentido, esta situación podría evitarse si la demostración de una determinada causal subjetiva no fuera necesaria y únicamente bastaría la voluntad expresa de uno de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, lo que contribuiría a la celeridad los demás procesos judiciales.

3.1.5. Resultados

Para un mejor esclarecimiento del tema, conviene precisar que la hipótesis planteada contenía 4 puntos importantes que representan los fundamentos jurídicos por los que el divorcio con expresión de causa subjetiva debería ser suprimido. En ese orden de ideas, conviene precisar que el divorcio en nuestra legislación se encuentra presente desde el Código Civil de 1936, figura que fue recogida también en el código actualmente vigente, esto ya ha sido afirmado en el acápite acerca de la posición de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil. Entonces, es evidente que la vigencia del divorcio-sanción, en la nueva sociedad actual, no es el medio idóneo para la disolución del vínculo, situación que se hizo aún más evidente cuando en el año 2001, el

legislador incluyó las dos últimas causales del artículo 333° del código civil, las cuales se refieren a figuras que pertenecen al llamado divorcio-remedio.

Ahora bien, se sabe que en la Constitución se protege principalmente a la familia, incluyendo aquí la promoción del matrimonio. Sin embargo, esta norma no debe ser pretexto para seguir aplicando normas y procesos que resultan ser lesivos para otros derechos fundamentales, toda vez que, la figura del divorcio-sanción no es otra cosa que una práctica antigua que en la actualidad solo acarrea problemas, no solo de carácter procesal, sino también personal para las partes que están en el proceso.

Respecto a los derechos fundamentales del desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad de los cónyuges, se puede afirmar que tanto la doctrina como la legislación, no les ha tomado suficiente importancia ni consideración en los procesos de divorcio, pues el legislador peruano ha preferido optar por la sanción al cónyuge que ocasione la disolución, a hacer prevalecer el bienestar de ambos. Dicha concepción debe cambiarse urgentemente.

De otro lado, tenemos el problema de la probanza en este proceso, puesto que los medios probatorios que se deben reunir, pueden llegar a no ser admitidos por el magistrado, toda vez que podrían vulnerar derechos constitucionales, lo que a su vez ocasiona que el cónyuge demandante se vea inmiscuido en mayores dilaciones innecesarias en el proceso, esto podría evitarse si no se tuvieran que probar las

causales subjetivas. También, esta situación genera que la intimidad familiar se vea expuesta ante la sociedad, generando mayor daño.

Finalmente, en cuanto a la celeridad del proceso plasmada en el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva, se ve claramente afectada por el tiempo excesivo que conlleva el disolver el vínculo matrimonial, a través de un proceso de divorcio por causal, en donde la celeridad es inexistente, no sólo a causa el tipo de vía procedimental que se aplica, sino también porque al estar regulada más de una causal subjetiva da la posibilidad (como se ve en la práctica judicial) que el demandado reconvenga una nueva causal subjetiva, haciendo más extensos los plazos dentro del proceso.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE TRATAMIENTO A LA REGULACIÓN DEL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA SUBJETIVA

Se ha venido mencionando reiteradamente que es necesaria la reforma legislativa que haga posible que la figura del divorcio por causal sea cambiada por una menos lesiva, en donde la sola manifestación de voluntad de una de las partes haga posible la disolución del vínculo matrimonial.

En ese sentido, con esta propuesta legislativa se busca modificar los artículos 349ª y 350ª del Código Civil vigente, y derogar los artículos 351ª y 352ª del mismo dispositivo legal. Esta reforma sería de aplicación en todo el territorio peruano, bajo los fundamentos que se expondrán a continuación.



Proyecto de Ley N° _____

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 333° - A AL CÓDIGO CIVIL

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 333° - A AL CÓDIGO CIVIL

Artículo 1. Modificación:

Modifíquese el texto de los artículos 349° y 350ª del Código Civil, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 349°: divorcio

Puede demandarse el divorcio con la petición de uno a de ambos cónyuges, si se acredita que han transcurrido como mínimo dos años de la celebración del matrimonio o cuando se invoque las causales objetivas señaladas en el artículo 333 incisos 12 y 13.

A la solicitud de divorcio deberá acompañarse la propuesta de convenio para determinar las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener una propuesta sobre los siguientes aspectos: 1. La tenencia de los hijos menores o incapaces, 2. El régimen de visitas, 3. Los alimentos para los hijos y, en su caso, para el cónyuge; y, 4. La liquidación de la sociedad de gananciales, de ser el caso. Asimismo, los cónyuges podrán promover el divorcio convencional

Art. 350ª: consecuencias del divorcio

Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

En cualquier caso, el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial, así como la de sus hijos. Deberá señalar la indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

El ex cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad el obligado puede demandar exoneración y, en su caso, el reembolso.

Artículo 2. Deróguese

Deróguese el texto del artículo 333° inc. 1 al 11 y el artículo 351° y 352ª del Código Civil Vigente, los cuales quedarán sin efecto en forma total de acuerdo al presente dispositivo.

Disposiciones finales

Primera.- Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda.- La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días _____ del mes de _____ de _____

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días _____ del mes
_____ de _____

4.1. Exposición de motivos

Los procesos de divorcio en nuestro país son complejos, debido no solo a sus consecuencias legales, sino también al daño que puede llegar a causar a la persona en el ámbito subjetivo. El sistema peruano, respecto al divorcio contempla causas subjetivas y objetivas propias del divorcio -sanción y divorcio – remedio; dada la realidad de nuestro país, este sistema mixto permite que la regulación respecto al divorcio suprima el divorcio con expresión de causa subjetiva en el Código Civil evitando sufrimientos innecesarios en los cónyuges al momento de dar por terminado el matrimonio. A esto se suman los costos, costas, plazos y atingencias propias de los procedimientos.

En salvaguarda del derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona y la protección de sus derechos inherentes como la dignidad, su integridad moral, psíquica, física; es que se propone la presente propuesta de ley, que surge como consecuencia de los problemas ocasionados al aplicar la figura jurídica del divorcio por causal subjetiva, esto a nivel procesal y familiar, afectando de forma directa no sólo al órgano jurisdiccional a través de procesos engorrosos y que ocasionan mermas en la celeridad procesal, sino también dañando los derechos fundamentales de las partes involucradas, quienes debían presentar necesariamente medios probatorios que involucraban su vida íntima, ventilando situaciones escabrosas.

Evidenciándose con ello, la necesidad de regular un divorcio sin causal subjetiva, el cual permita que la sola manifestación de uno de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, siendo esto suficiente para terminar con el matrimonio. Así, se evitarán procesos largos y que dañan directamente a la intimidad, buena reputación y honor de los cónyuges que intervienen.

Por lo que, el presente proyecto de ley contribuirá a resolver dicho problema jurídico que se expone, variando la institución jurídica del divorcio.

4.2. Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La propuesta legislativa en estricto **modifica** el artículo 349° y 350° del código civil y **deroga** el 333° incisos del 1 al 11, 351° y 352° del mismo dispositivo legal.

4.3. Análisis costo beneficio

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de una incorporación legislativa que no se encuentra vinculada con la reforma de órganos jurisdiccionales o la creación de nuevas instancias. Por el contrario se busca concesiones razonables para agilizar los procesos de divorcio salvaguardando el desarrollo de los miembros de la familia (padres e hijos), garantizando la continuidad de las funciones parentales y evitando que los hijos queden atrapados en el interior de las desavenencias de los padres.

CONCLUSIONES

1. En los procesos de divorcio por causal subjetiva, el libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges, se ve afectado, pues para la obtención del divorcio, se obliga a los cónyuges a tener que acreditar las causales o motivos de la ruptura matrimonial, cuando la propia legislación civil establece la prohibición de fundar la demanda en hecho propio, dejando de lado la preponderancia de la voluntad de los cónyuges cuando no se desea seguir unido a su otro cónyuge, con lo cual se restringe la posibilidad de reanudar su proyecto de vida.
2. Asimismo, también se ha demostrado, que las causales subjetiva son de difícil demostración no solo por no encontrarse definido en nuestra legislación civil los conceptos sobre las distintas causales subjetivas que se invocan, sino también porque no se cuenta con la prueba idónea y suficiente, dejando al libre arbitrio del juez su configuración.
3. Asimismo se ha demostrado que si bien se entiende que todo proceso de divorcio por causal subjetiva ocasiona una afectación psíquica y un desgaste emocional, cuando se invocan las causales subjetivas de divorcio, ésta situación se agrava más afectando aún más los derechos constitucionales al honor, reputación e intimidad de los cónyuges, pues tienen la necesidad de ver expuestas situaciones personales y familiares en la etapa de actuación probatoria.

4. También se ha acreditado la afectación a la tutela jurídica en su elemento de celeridad procesal, pues, debido la tramitación dilatada de estos procesos y a la amplia actividad probatoria a que se someten los cónyuges para acreditar las causales de divorcio, ocasiona un sistema de justicia lento. A ello, debemos agregar que en la práctica judicial se ha advertido que al estar regulada más de una causal subjetiva el cónyuge demandado al contestar la demandada reconviene una nueva causal haciendo más dilatoria la tramitación del proceso.

5. Finalmente la supresión de estas causales del código civil no atenta contra el principio de protección familiar ni promoción del matrimonio, previsto en el artículo 4 de la constitución, pues como se ha verificado, el concepto de familia ha variado, por lo que no se puede entender que únicamente se protege a la familia de base matrimonial.

RECOMENDACIONES

1. El divorcio con expresión de causa subjetiva, requiere de mayor atención por parte del legislativo, ya que su regulación no es homogénea y se basa en un divorcio causal; dejando de lado aspectos de la persona como tal.
2. Los jueces deben procurar no configurar las causales subjetivas del divorcio a su libre albedrío, porque contribuyen a incrementar la dificultad probatoria de las causa subjetivas del divorcio.
3. Se propone al legislativo derogar las causales de disolución del vínculo matrimonial, previstas en el artículo 333° del Código Civil, para dar paso a un divorcio que garantice la tutela efectiva de los cónyuges y la protección de sus derechos y principios constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

TEXTOS

- Alvarez Olazábal, E. M. (2006). *Separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común como nuevas causales de divorcio: ¿Permisividad o solución?*. Lima : Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Arbulú Chalán, Y. (2016). *Razones jurídicas para implementar el divorcio incausado en el sistema civil peruano*. Tesis para optar el Título de abogado. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Bernales, Enrique & Otárola, Alberto (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Quinta Edición. Roo Editora.
- Borda, G. A. (1993). *Tratado de derecho civil: Familia. t. 1*. Bueno Aires: Abeledo-Perrot.
- Bringas Flores, S. (2006). *El concepto normativo de familia como Postulado necesario para la configuración de los supuestos de hecho de violencia familiar*. (Tesis para obtener el título de abogado, inédita). Universidad Nacional de Cajamarca.
- Cabello, C. J. (1999). *Divorcio y jurisprudencia en el Perú (Segunda ed.)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carbonell Lazo, Fernando (2006). *Divorcio y separación personal*. Ediciones Jurídicas. Lima: Jurista Editores EIRL.
- Carrillo Seclén, I. (2014). *Fundamentos para la protección jurídica del matrimonio frente a las uniones de hecho entre las personas del mismo sexo en Perú*. (Tesis para obtener el grado académico de Magíster, inédita). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovrjo.

- Chaname Orbe, Raúl. (2011). *La Constitución Comentada*. T. II. Sexta Edición Actualizada. Editorial ADRUS.
- Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho familiar peruano*. 10ma. ed. Lima: Gaceta Jurídica Ediciones.
- Cornejo Fava, M (2011). *Matrimonio y Familia y su tratamiento en el Derecho*. Lima: Derechos de edición y entes gráficos reservados
- Couture, E. (1988). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3era. ed., 14ava. Ediciones, Buenos Aires, Argentina: DEPALMA.
- Dávila, G. E. (2009). *El tratamiento del divorcio convencional en las Municipalidades y Notarías del Perú de conformidad con la Ley N° 29227 y sus consecuencias jurídicas*. (Trabajo de investigación para obtener el título de abogado, inédita). Universidad Privada Alas Peruanas, sede Cajamarca.
- Duprat, C. (2015). *Comentarios a los artículos 435 a 445. En Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (t. 2). Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Espinoza Orrego, F. (2007). *Protección legal de las uniones de hecho o concubinato en el Perú*. (Tesis para obtener el grado de maestro en ciencias, inédita). Universidad Nacional de Cajamarca.
- Fernández Sessarego, C. (2007). *Derecho de las Personas* (Décima ed.). Lima: Griley.
- García Toma, V. (2013). *Derechos fundamentales*. Lima: ADRUS.
- García Gil, F. (1992). *Jurisprudencia Familiar*. Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Gallegos Canales, Y. & Jara Quispe, R. (2008). *Manual de Derecho de Familia. Doctrina Jurisprudencia y Práctica*. Primera Edición. Lima Perú: Jurista Editores EIRL.

- Hinostroza, A. (2008). *Procesos Judiciales derivados del Derecho de Familia*. 1era Edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Marcial Rubio Correa, Francisco Eguiguren Praeli, Enrique Bernales Ballesteros. (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Martel Chang, R. A. (2002). *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el Proceso Civil*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Mesia Ramírez, Carlos (2004). *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*. Fondo Editorial del Congreso de la República.
- Monroy Gálvez, Juan. (1996a). *Introducción al proceso civil*. Lima: Editorial Temis S.A.
- Kant, E. (1999). *Fundamento de la metafísica de las costumbres*. Trad. al castellano de J., Mardomingo, Barcelona: Ariel.
- Monroy Gálvez, Juan. (2009b). *Teoría General del Proceso*. Tercera ed. Lima: Palestra.
- Obando Blanco, Víctor. (2002). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia*. Lima.
- Ossorio, M. (2003). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 23ra. ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Pajares Acosta, I. R. (2003). *El concubinato en el barrio la esperanza de la ciudad de Cajamarca y en la localidad de Llacanora y la necesidad de una adecuada regulación jurídica en materia civil 2003*. (Tesis para obtener el título de abogado, inédita). Universidad Nacional de Cajamarca.

- Plácido Vilcachagua, A. (2001a). *Divorcio. Reforma del Régimen de Decaimiento y Disolución del matrimonio*. 1era Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (2003b). *Regulación jurídica de la familia. En El código civil comentado por los 100 mejores especialistas*. t. 2 (pp. 15-25). Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (2008c). *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. 1era edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peralta Andía, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. 3ª Edición. Lima: Editorial Moreno.
- Ramos Núñez, C. (s.f.). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Ramírez Vela, W. (2018). *Constitución comentada*. Lima: EDIGRABER SAC
- Ruiz Bazán, E. (2013). *Naturaleza jurídica de la asignación otorgada al cónyuge perjudicado en el divorcio por causal de separación de hecho*. (Tesis para obtener el título de abogado, inédita). Universidad Nacional de Cajamarca.
- Saldaña, Javier. (s.f.). *La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente*.
- Sánchez Arregui, Alison. (2018). *El divorcio sin expresión de causal, su perspectiva de incorporación en el derecho civil ecuatoriano*. (Trabajo de investigación para obtener el título de abogado, inédita). Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
- Silva Santisteban, F. (1998). *Antropología: conceptos y nociones generales*. Lima: Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica Perú.
- Soto Rojas, P (2018). *Código Civil*. Lima: EDIGRABER.

- Trazegnies Granda, F.; Rodríguez Iturri, R., Cárdenas Quiroz, C. y Garibaldi, J. (1999). *La Familia en el Derecho Peruano*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú: Fondo Editorial.
- Ticona Postigo, V. (1998). *El debido Proceso y la demanda civil*. Tomo I. Lima: Editorial Rodhas.
- Uribe Ojeda, G. (2013). *Divorcio Incausado. Su propuesta para el Estado de Querétaro*. (Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho). Universidad Autónoma de Querétaro.
- Varsi Rospligiosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. T. I. Primera Edición: Gaceta Jurídica

SENTENCIAS JUDICIALES

- Tribunal Constitucional. (1996). *Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 018-96-I/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2004). *Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 02868-2004-AA/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2006). *Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 09332-2006-PA/TC*
- Tribunal Constitucional. (2006). *Expediente N° 06572-2006-PA/TC*

REVISTAS

- Carmona Brenis, M., & Vigil Zárate, M. (2015). *El derecho a la intimidad en las relaciones familiares*. LUMEN, 77-84.
- Cantuarias Salaverry, F. (1991) *Comentarios al Código Civil, divorcio sanción o remedio*. Lima: Themis, Revista de Derecho No. 18.

Orihuela Sancho, Julio. (2012). *Causales de Separación de Cuerpos y divorcio. Decaimiento y Disolución del vínculo matrimonial*. Arequipa: Facultad de Derecho UNAS.

Villabella Armengol, C. (2009). *La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades*. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.

FUENTES VIRTUALES

Bacigalupo de Girard, María. (2006). El divorcio incausado y la patria potestad compartida después del divorcio. Dos interesantes cambios en el derecho español. Revista de Derecho UNED. N° 1. En: <https://studylib.es/doc/7815451/el-divorcio-incausado-y-la-patria-potestad-compartida-des...>

Carrión Vidal, A (s.f.). *Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por Ley 15/2015 del 2 de julio de la jurisdicción voluntaria*. Instituto de Derecho Iberoamericano. En: <http://idibe.org/2015/07/28/divorcio-y-separacion-en-el-codigo-civil-tras-la-reforma-por-ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria/>

Chávez, Valeria. (s.f.). *Paso a paso. Como divorciarse de manera expres*. En. <http://www.infobae.com/2015/08/07/1746673-paso-paso-como-divorciarse-manera-expres/>

Cuevas. (s.f.). *El nuevo divorcio en España*. En. <http://www.mercedescuevas.com/pdf/DIVORCIO%20EN%20ESPA%D1A.pdf>.)

Landa Arroyo. s.f. Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia. En:

http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/71/familia_derecho_cap03.pdf?sequence=8&isAllowed=y

Ramos Núñez, Carlos. (s.f.). *La idea de familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. En:

revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/11404/11919

Resultado Legal. (s.f.). *La Conducta deshonrosa en el Perú*. En:

[\[http://resultadolegal.com/el-divorcio-por-conducta-deshonrosa-peru/\]](http://resultadolegal.com/el-divorcio-por-conducta-deshonrosa-peru/)

Rodríguez Iturri, R. (s.f.). *Notas sobre el libro de familia del Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. En:

revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/11403/11918

Rodríguez, M. S. (2011). *El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur*. Revista Científica de UCES, XV(1), 112-143. En:

http://dspace.uces.edu.ar:8180/jspui/bitstream/123456789/1269/1/Principio_M.N.Rodriguez.pdf

Sánchez López, Luis. (s.f.). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y /o Debido Proceso*. En:

https://historico.pj.gob.pe/%20.%5C.%5Ccortesuperior%5CPiura%5Cdocumentos%5CART_CSJ_PIURA_TUTELA_120907.pdf

Velloso Jiménez. L. (1979) *La regulación de la familia en la Constitución de IUS* Revista Jurídica. En:

<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/813971.pdf>

Zapata Avellaneda, A. (2017). *El derecho de la familia*. En.

<http://arturozapataavellaneda.blogspot.com/2017/04/articulo-el-derecho-de-familia.html>