

El Divorcio: ¿Sanción o Remedio?

Fernando Cantuarías Salaverry
Abogado, Profesor de la PUC.

I.- INTRODUCCIÓN

La figura del Divorcio en el Perú ha tenido una peculiaridad muy especial. Su reconocimiento legal se debió más a la actuación de políticos¹ que a la obra de los juristas llamados a revisar y reformar el Código Civil de 1852. Si bien el nacimiento de la figura del Divorcio se remonta a la Ley 7894², su plasmación jurídica definitiva la encontramos en el Código Civil de 1936, por imposición de la Ley 8305, la cual ordenaba en su artículo 1 que el Código Civil a ser promulgado "debía mantener inalterables las normas sobre matrimonio laico y divorcio - incluyendo el vincular- ya vigentes por mandato de las Leyes 7893 y 7894, así como las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931".³

Al legislador de 1936 no le quedó otro camino que aceptar la figura del Divorcio, pero intentó, hasta donde fue posible, su ineficacia. Así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos cuando se señala que: " Quienes contribuimos, aunque débilmente pero con relativa eficacia, a atajar la facilidad y precipitación de los divorcios que la experiencia judicial pudo advertir en la época comprendida desde octubre de 1930 hasta agosto de 1936, esperamos

confiados el restablecimiento de la indisolubilidad del matrimonio y fundamos esta esperanza en la reflexión de los legisladores y gobernantes, de jueces y maestros, iluminada por la confortadora doctrina de la moral católica".⁴

De lo expuesto queda claro que el Divorcio fue visto por nuestro legislador de 1936 casi como un pecado, el cual atentaba contra la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la moral de la Iglesia Católica.

Ahora bien, casi 50 años después la historia se repite. Al doctor Héctor Cornejo Chávez, ilustre jurista peruano, se le encomienda la formulación del proyecto del Libro de Familia de un nuevo Código Civil, el cual debía responder a situaciones jurídico-sociales distintas a las que sirvieron de base a los legisladores de 1936.

Sin embargo, ésto no pudo plasmarse en realidad por cuanto el mismo Cornejo Chávez declaró que "[a]l elaborar la exposición de motivos del anteproyecto del Libro de Familia, el autor dejó constancia de su posición contraria al divorcio y anunció que, consecuentemente con ella, nada habría de proponer a su respecto, excepción de alguna que otra observación dirigida a eliminar incongruencias técnicas".⁵

1. Cornejo Chávez, Héctor . Derecho Familiar Peruano, Librería Studium S.A. , Lima, 1985, 5ta . Ed. , T.I, p.360.
2. Quiroga León, Aníbal. Matrimonio y Divorcio en el Perú: Una Aproximación Histórica. En: La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje a Héctor Cornejo Chávez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, p.86.
3. Ibid, p.87.
En la Sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, del Miércoles 31 de Octubre de 1923 se dió lectura a la Memoria presentada por el Dr. Pedro Oliveira denominada "Apuntaciones sobre el Matrimonio Civil y el Divorcio". Es interesante citar algunos párrafos del mismo, por cuanto éstos reflejan el sentimiento de nuestros juristas de aquella época en relación al Divorcio: "Para la religión católica que es la de la nación, la indisolubilidad del vínculo matrimonial es un dogma definido por el Concilio de Tridentino... Para el sano sentido jurídico de nuestra raza, el matrimonio, por su naturaleza, es una institución más compleja que el contrato, una institución ética y social, a las que son esenciales las notas de la perpetuidad y la indisolubilidad". En: Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil, Tomo II, p. 129.
4. En : Guzman Ferrer, Fernando, Código Civil; Editorial Universo S. A. , 4ta Ed., T. I, p. 37.
5. Cornejo Chávez, Op. Cit., T.I p. 360.

Si bien esta declaración llevó a nuestro Legislador a mantener normado el Divorcio de la misma forma que lo fue en el Código Civil de 1936, nosotros creemos que ha habido algunos cambios importantes en la forma de visualizar la figura del Divorcio.

II.- CONSECUENCIAS DE LOS CRITERIOS ANTIDIVORCISTAS DE NUESTROS LEGISLADORES:

El legislador de 1936, al entender al Divorcio prácticamente como un atentado contra la moralidad, lo legisló como una **sanción**.⁶ Así, solo cabía el divorcio cuando el marido o la mujer incurrieran en alguna de las causales expresamente señaladas por la Ley ⁷. El matrimonio debía ser para siempre, pero ante el preciso pecado o acto inmoral de uno de los cónyuges, era procedente declarar el divorcio y sancionar al culpable civil y/o penalmente.⁸

Nuestro legislador de 1984 participa activamente de la teoría antidivorcista del legislador de 1936. El

propio Cornejo Chávez se declara eminentemente católico y contrario al divorcio, pero agrega algunos elementos importantes. En contra del divorcio indica que existen no sólo criterios morales y religiosos, sino que también "[l]a sociedad tiene... un innegable derecho a invocar su propio interés... para dar firmeza a la unión sexual..."⁹ Pero, por otro lado, el mencionado jurista reconoce que el divorcio es parte integrante de nuestra realidad jurídica.¹⁰

Es un hecho innegable que ad portas de llegar al siglo XXI nuestro legislador sigue manteniendo vigente en nuestro novísimo Código Civil, **el criterio de que el Divorcio es una sanción al cónyuge culpable**.¹¹ Salvo el cambio de la etiqueta del título correspondiente, el cual se llama ahora "decaimiento y disolución del vínculo", el aumento de una nueva causal de divorcio, "la homosexualidad sobreviniente al matrimonio"¹² y ciertas modificaciones formales, el Código Civil sigue basando la institución del Divorcio en lo siguiente:

6. López Alarcón, Mariano. El nuevo Sistema Matrimonial Español, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983, p. 183. Tal y como nos explica dicho autor "[e]n el divorcio-sanción se actúa a modo de penalización del cónyuge que ha cometido una infracción de la norma que establece las causas culpables de divorcio".

7. El Art. 247 establecía como causales de divorcio el adulterio, la sevicia, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años, la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común, el uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes, la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio, y la condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. Por último, el Código reconocía la procedencia del divorcio sin causal alguna cuando lo solicitaran ambos cónyuges.

8. Esta visión del divorcio como sanción la encontramos claramente determinada no sólo en las causales del mismo, sino también a lo largo del articulado, donde las palabras "cónyuge inocente" y "cónyuge culpable" regulaban la institución. Así, por ejemplo, el art. 249 establecía que "[n]inguno de los cónyuges puede fundar la acción de divorcio en hecho propio". Siendo el divorcio una sanción al inmoral o infractor, sólo era procedente alegar tales hechos por el cónyuge inocente.

Las sanciones al "cónyuge culpable" eran grandes. Así el artículo 266 establecía que el "cónyuge divorciado por culpa suya perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro". También tenemos el artículo 255 que determinaba que los hijos debían ser confiados al cónyuge que obtuvo el divorcio, salvo que el juez considerara otra posibilidad; el artículo 260 que castigaba al marido culpable con pensión alimenticia a favor de la mujer inocente y el artículo 264 que permitía al juez otorgar una suma de dinero como indemnización por el daño moral causado por el cónyuge culpable.

En lo que se refiere al aspecto Penal, figuras como el Delito de Adulterio (artículo 212 y ss, del Código Penal) terminaban por redondear la figura del divorcio como moralmente repulsivo y con efectos eminentemente sancionadores.

9. Cornejo Chávez, Op. Cit., T. I p.352.

10. Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Delia Revoredo de Debakey, compiladora; Librería Studium S. A., Lima, 1985, T. IV, pp.424 y ss. También ver Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil; Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1980, Del Derecho de Familia, Anteproyecto del Dr. Héctor Cornejo Chávez, pp. 552-554.

11. Velasco Letelier, Eugenio. El Divorcio y el nuevo Código Civil del Perú, En: El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, p. 259, nos dice que: "[E]l nuevo Código sigue fielmente la doctrina del "divorcio-sanción" y hasta podría decirse que la refuerza. Todas las causales, sin una sola excepción (salvo, naturalmente, la de mutuo disenso), están constituidas por hechos imputables a uno de los cónyuges; el concepto del cónyuge culpable o cónyuge inocente está siempre presente y la respectiva calificación es causa de notorias diferencias en el tratamiento moral y pecuniario de uno y otro. Digo que parecería reforzar esta posición porque la regla del Código de 1936 que permitía transformar la separación en divorcio, al cabo de un año de la sentencia, a petición de cualquiera de los cónyuges, se ha constreñido al "cónyuge inocente", si la separación no ha sido decretada por mutuo disenso sino por causal específica, reduciéndose el plazo a seis meses".

12. Cabello, Carmen Julia. Matrimonio y Divorcio. En: La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje a Héctor Cornejo Chávez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, p. 527. Dicha autora se refiere a esta nueva causal de divorcio, indicando que la misma "no representa como algunos han sostenido una mayor apertura divorcista, por cuanto, efectivamente, en la práctica los Tribunales la consideraban incurso dentro de otra causal, la conducta deshonrosa". Nosotros compartimos su punto de vista.

1) **El Divorcio es una sanción** contra el cónyuge que ha incurrido en alguna de las causales expresamente determinadas por el legislador. Los términos "culpa", "cónyuge inocente" y "cónyuge culpable" se desprenden en los artículos 335, 340, 343, 350, 351, 352 y 354 del Código Civil de 1984.

2) Las causales de separación y/o divorcio se sustentan "en el carácter de grave lesión que su realidad infiere al vínculo matrimonial...".¹³

3) Siendo hechos graves los que lesionarían el matrimonio, si el cónyuge inocente los perdonara, conociera de ellos o dejara pasar el término de caducidad o prescripción, la demanda no resultará amparada (Arts. 336, 338 y 339 del C.C.).

III.- NUESTRA POSICIÓN AL RESPECTO:

A) ¿Son las causales de divorcio realmente tales?

Lo primero que uno debe preguntarse es si el matrimonio es una institución lo suficientemente objetiva como para que el legislador pueda determinar qué hechos pueden llevar a su rompimiento definitivo.

Antes de contestar esta pregunta, creemos pertinente citar al propio jurista Cornejo Chávez el cual nos aclara que "la familia es un complejo de intrincadas imbricaciones, donde confluyen y se inter-relacionan factores bio-fisiológicos, ético-religiosos, étnico-culturales, económico-sociales, psicológicos y educativos. Por tanto, las raíces de la problemática familiar se hunden en lo más profundo de la psiquis de los individuos, de la idiosincracia de los pueblos, de las convicciones medulares y las condiciones del medio social en que se desenvuelve".¹⁴ Es decir, la familia y también el matrimonio, son instituciones que se nutren de una serie muy compleja de factores, lo que hace a todas luces muy difícil, sino imposible, el establecer objetivamente cuales son las causas que llevan o llevarían a su destrucción.

Sin embargo, nuestro legislador ha regulado las circunstancias que llevarían al rompimiento del vínculo matrimonial de manera objetiva, indicando cuáles, a su entender, son las causales de divorcio. Para el legislador de 1936 éstas fueron sólo 10, para el de 1984 son 11 y ya se viene discutiendo la necesidad de crear más.¹⁵

¿Es correcto este criterio de establecer causales objetivas de divorcio?. ¿Es posible determinar a ciencia cierta cuándo y ante qué hechos una relación

matrimonial se rompe irreversiblemente? ¿Es posible seguir hablando de cónyuge culpable y cónyuge inocente como si estuviéramos ante una especie de delito, donde el rompimiento del vínculo matrimonial sucediera sólo por maldad?.

Creemos que ante todas las preguntas señaladas en el párrafo anterior nuestra única respuesta es que la visión de nuestro legislador con respecto al Divorcio debe ser modificada.

Consideramos que el criterio de considerar al Divorcio como una **sanción** nos lleva irremediablemente a una serie de incongruencias. Se nos dice por un lado que el matrimonio es un complejo de relaciones, donde intervienen una serie de factores que la moldean, pero al momento de legislarse sobre la forma en que éste termina, ahí sí la cosa es objetiva: TERMINA POR CULPA O MALDAD DE UNO DE LOS CONYUGES, según criterios objetivos llamados "causales de divorcio". ¿Pero, son la sevicia y el adulterio, por ejemplo, causales per se de destrucción de la relación conyugal?.

Para nuestro legislador parecería que sí lo son y esto nos remite irremediablemente a una serie de contrasentidos. Por ejemplo, con respecto al Adulterio, nuestro Código Civil entiende que el perdón, la cohabitación posterior al conocimiento del mismo o el simple transcurso del tiempo impiden iniciar o proseguir la acción (artículos 336 y 339). Y decimos que nos parece un contrasentido por cuanto el hecho objetivo de la "grave lesión" a la relación matrimonial hecha por el "cónyuge culpable" ya se dió. ¿Entonces qué tiene que hacer el perdón o la cohabitación posterior o el simple transcurso del tiempo? ¿Es o no es causal objetiva de divorcio el adulterio?. Pero, vayamos más allá, según las normas de nuestro Código Civil, ante el supuesto de un adulterio las partes tienen sólo dos caminos: Separarse inmediatamente para que proceda el divorcio por la causal o convivir para tratar de reconciliarse. La primera impide todo intento de recomposición y la segunda es aún más grave, por cuanto basta el sólo intento de reconciliación para que nuestro sistema legal desconozca que el matrimonio se ha roto irreversiblemente.

Pero hay más. Nuestro Código Civil no se pone en el supuesto de aquellas parejas donde "no ha habido sevicia, ni adulterio, ni clase alguna de acciones infamantes de uno para el otro"¹⁶ pero donde, sin

13. Quiroga León, Op. Cit., p.88.

14. Cornejo Chávez, Héctor. Familia y Derecho. En: Thémis, Revista de Derecho, Segunda Epoca Nº 2, Lima, 1984, p. 10. (en adelante simplemente Familia).

15. Quiroga León, Op. Cit., p.89, señala que sería necesario que la Jurisprudencia entendiera, a falta de norma expresa en nuestro Código Civil, que el SIDA, aún cuando no es enfermedad venérea, fuera reconocida dentro del inciso 8 del artículo 333 del C.C.. Asimismo, ya se viene discutiendo arduamente la necesidad de reconocer como causal de divorcio el supuesto donde la esposa, sin autorización del marido, accede a los procedimientos de inseminación artificial aceptando semen de un tercero.

16. Velasco Letelier, Op. Cit., p. 261.

embargo, la relación ha desaparecido definitivamente. ¿Acaso interesa al Estado y a la sociedad mantener dicha relación?

El problema de nuestro sistema legal con respecto al divorcio es que se le sigue legislando como un pecado, o como algo inmoral o como una sanción o hecho punible contra uno de los cónyuges, olvidándose que estamos ante una situación tan humana como es el matrimonio. Hoy por hoy la moderna doctrina y la legislación comparada han dejado de mirar al Divorcio como una sanción. Como nos dice Velasco “[s]e piensa que la familia y el matrimonio son piezas demasiado fundamentales en la organización social como para continuar creyendo que la disolución matrimonial es un medio de castigar a uno de los cónyuges. La felicidad de una pareja, la salud moral, física e intelectual de la prole y, por ende, la estabilidad de una cédula de la sociedad, no pueden quedar subordinadas ni pospuestas por la sanción al marido o a la mujer”.¹⁷ Esta nueva visión con respecto al divorcio ha llevado en gran medida a proponer la eliminación o atenuación de la figura de las “causales de divorcio” por considerarse que las mismas sólo reflejan o son un síntoma de un resquebrajamiento de la relación matrimonial.¹⁸

B) El Divorcio entendido no como sanción sino como remedio:

Hoy en día, las nuevas ideas sobre el divorcio son las de entenderlo no como una sanción, sino como un remedio a un hecho tan terrible, pero a la vez tan humano, como el de la ruptura irreversible del matrimonio.¹⁹ Esta posición 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 maldad o bondad y que, por tanto, merezcan un premio o un castigo. El matrimonio se asienta en la relación amorosa entre un hombre y una mujer con todas sus derivaciones sentimentales y sexuales, siempre complejas... [las que] están marcadas por sutiles y complicados mecanismos síquicos, sexuales y emocionales en los cuales es difícilísimo hablar de culpa de éste o de aquél”.²⁰

Con respecto a las causales de divorcio, éstas no pueden determinarse objetivamente como si estuviéramos ante un contrato donde es posible establecer los 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”.²¹

17. Velasco Letelier, Op. Cit., p.260.

18. Ibid. p. 260.

19. Jacob, Herbert. *Silent Revolution: The transformation of Divorce Law in the United States*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, p. 26. Dicho autor explica como la figura del Divorcio se ha transformado de ser considerado como un acto inmoral a un síntoma de enfermedad social, donde ya no se busca sancionar, sino curar vía una terapia adecuada o en caso extremo, por el propio divorcio. “Divorce in the minds of many was transformed from an act of immorality to a symptom of social illness. The remedy was not to punish or to persist in what religion prescribed. Rather, unhappiness resulting from an unsatisfying marriage was perceived as an infirmity that could be either treated with psychotherapy or excised by divorce”.

20. Velasco Letelier, Op. Cit., p. 260.

Jacob, Op. Cit., p. 64. El mencionado autor hace un paralelo entre el Divorcio y los Accidentes de Tráfico, en el sentido que en ambos es sumamente difícil imputar responsabilidad o culpa en alguna de las partes. Tal y como él lo señala, en el matrimonio, si bien un solo evento puede precipitar la ruptura, cientos de disputas triviales generalmente la preceden. “Divorce had several parallels to traffic accidents. Like those mishaps, it was often difficult to assess blame in failed marriages. While a single event often precipitated the breakup, hundreds of trivial disputes generally preceded it”.

21. Velasco Letelier, Op. Cit., p. 260.

En Octubre de 1964, durante las discusiones previas a la modificación de la Ley de Divorcios de California, se dió un interesante intercambio de opiniones entre un miembro del legislativo y un psiquiatra, donde el primero le preguntó al segundo cuáles de las causales de divorcio (alcoholismo, juego, problemas sexuales, etc.), eran las peores para destruir el matrimonio, contestando el psiquiatra que todas ellas no eran causales, sino efectos de una sola cosa: gran inmadurez emocional. A continuación transcribimos dicho diálogo:

“Chairman Willson: Would you enumerate in the order of their frequency, as causes for divorce, alcoholism, premarital pregnancy, sexual problems, and gambling? Which could you, from your experience, enumerate as being the worst offender and so on?”

Dr. Milligan: To me all of those are effects; they are all effects of the same thing... gross emotional immaturity Emotional immaturity is a state of decadence or regression that the individual experiences because somehow or another, in this pattern of growth, he was not able to devise better solutions, better emotionality, better emotional solutions to problems.

Chairman Wilson: Would that mean then that every divorce is the result of immaturity?

Dr. Milligan: I certainly would say that.

Chairman Wilson: All right. Now do you think that every person who seeks a divorce is sick?

Dr. Milligan: If you mean sick in terms of emotional immaturity to the extent that the individual cannot take care of his ordinary affairs with good judgment and that includes realizing a marriage, being able to stick with the problems and accept them, then I think it is a sickness”.

Citado por Jacob, Op. Cit., p. 45.

Siguiendo esta nueva doctrina, no es que se permita el divorcio libre.²² El Estado y la sociedad tienen un interés legítimo en proteger al matrimonio, pero obviamente al matrimonio sano o al menos al que puede ser salvado²³, y para cumplir ese fin es que **se le confiere al juez el importante mandato de que, ante una demanda de divorcio, éste verifique si realmente dicha relación se ha roto irreversiblemente²⁴, y no simplemente detenerse en “el hecho puntual en que ella se exteriorizó y que las leyes han llamado “causales de divorcio”.**²⁵

Con el presente standard que proponemos, el juez ya no merituará criterios objetivos como son las “causales de divorcio” por culpa, sino que deberá contestarse una pregunta central: **si este o aquel matrimonio en particular está irreversiblemente e irremediablemente roto.**²⁶ Si lo está, deberá decretarse el divorcio y si se considera que es posible salvar dicha relación (que es de interés público), deberá proveerse a la pareja de la necesaria ayuda de consejeros profesionales, a fin que éstos colaboren en la reconciliación.

C) Que tipos de matrimonio deben protegerse:

El Artículo 5 de nuestra Constitución establece que el Estado “protege el matrimonio y la familia

como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”. Es a partir de este artículo que se entiende que la sociedad toda tiene interés en la institución matrimonial, pero la pregunta es respecto de cual clase de matrimonios hay interés. Obviamente se refiere a aquella “cédula familiar sana, la de una pareja que - con todos los altibajos naturales de una convivencia que no es siempre fácil- florece en la comprensión y en el ambiente apropiado para la formación de los hijos”.²⁷ También habrá interés en tratar de evitar la ruptura definitiva de un matrimonio, pero allí no puede actuar el derecho sino para establecer la necesidad de que consejeros profesionales traten de lograr una reconciliación. ¿ Pero, debe prohibirse la disolución de un matrimonio que está absolutamente destruído? Creemos que la respuesta sólo puede ser una, NO. Como bien dice Cornejo Chávez “[e]l amor no es condición jurídica-legal del matrimonio ni la relación paterno- filial o fraterna; mas sin él la relación se enfría, se torna pura fórmula exterior, se frustra. No hay código que pueda impedirlo. El código no llega a las esencias del amor. Y sin él, el matrimonio y la familia no son fecundos”.²⁸ Si ya no existe relación alguna entre la pareja, si el amor ha terminado, debe permitirse el divorcio en beneficio de los cónyuges, los hijos y la sociedad toda. En otras palabras, jamás puede perpetuarse el matrimonio a cualquier precio.²⁹

22. Divorcio libre o a solo pedido, conocido en el Common Law como “Divorce on Demand” implica aquel sistema, regulado por ejemplo en Suecia desde 1973, donde el cónyuge no necesita alegar culpa alguna o aun hechos que causaron la destrucción o ruptura irreversible del matrimonio. Aquí basta el sólo pedido para que el juez otorgue el divorcio. Es decir, prácticamente es un mero procedimiento formal, un mero trámite administrativo, donde el interés de la sociedad es desplazado por el interés de los cónyuges. Para mayor información leer: Glendon, Mary Ann, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1987, pp. 75 y ss.

23. Ver punto III C.

24. Jacob, Op. Cit. p. 55. La Comisión encargada del nuevo proyecto de Divorcio en California reconoció públicamente el interés de la sociedad con respecto al divorcio, negando de ese modo toda posibilidad de establecimiento del “divorcio libre”, pero reconoció que si, luego de un análisis profundo del juez, se verificaba que el matrimonio estaba irreversiblemente roto, el divorcio era el remedio adecuado para la sociedad. “We cannot overemphasize that this standard does not permit divorce by consent, wherein marriage is treated as wholly a private contract terminable at the pleasure of the parties without any effective intervention by society. The standard we propose requires the community to assert its interest in the status of the family, and permits dissolution of the marriage only after it has been subjected to a penetrating scrutiny and the judicial process has provided the parties with all of the resources of social science in aid of conciliation”.

25. Velasco Letelier, Op. Cit. p. 261.

Glendon, Op. Cit., p. 77. La Comisión encargada de modificar la Ley de Divorcios de California reconoció en 1966, que es personalmente trágico y socialmente destructivo el hecho que el Juez requiera la prueba de un solo acto de adulterio o sevicia, para declarar rota una relación matrimonial que podría todavía mantenerse. En ese sentido se reconoció que el matrimonio es una relación demasiado compleja para aplicar criterios objetivos como las “causales del divorcio”, debiéndose buscar por el contrario, que el juez verifique si dicha relación realmente se ha roto o no. “We believe that it is personally tragic and socially destructive that the Court should required, upon proof of a single act of adultery or “extreme cruelty” -perhaps regretted as soon as committed- to end a marriage which may yet contain a spark of life... The marriage relationship is a deep and complex one, and should not be sundered by the law unless the Court finds that the legitimate objects of the marriage have been irretrievably lost”.

26. Como dice López Alarcón, Op. Cit., p. 183, “lo que se pretende es constatar una situación de quiebre del matrimonio, cualesquiera que fueren sus motivos, que permanecen ocultos; el divorcio se declara porque se ha extinguido la comunidad de vida conyugal, ya no hay relación entre las personas de los cónyuges con el afecto y el trato propio de la relación conyugal; antes bien, la vida común se ha hecho intolerable”.

27. Velasco Letelier, Op. Cit. p. 261.

28. Cornejo Chávez, Héctor, *Familia*, pag. 10.

29. Velasco Letelier, Op. Cit. p. 261.

IV) A MODO DE CONCLUSIÓN

Creemos que si comparamos el standard que estamos proponiendo con el que está vigente en nuestro Código Civil, encontraremos que el mismo reconoce la necesidad que se identifique al divorcio no como una penalidad basada exclusivamente en la culpa de alguno de los cónyuges, sino como una situación humana y natural, aunque terrible, cual es la ruptura irreversible del vínculo matrimonial, donde se requiere que el sistema legal responda adecuadamente y no cierre los ojos excusándose en supuestos criterios morales, religiosos y/o sociales. Como dice Alonso Pérez: "Debemos, por tanto, ser realistas en este terreno. Aceptar con naturalidad, aunque con pesar, el hecho de que existen matrimonios que, con culpa o sin ella, son todo menos matrimonios y que el Derecho, mediante una buena ley, debe darles salida digna".³⁰

Asimismo, creemos que el indicado standard elimina las incongruencias que el actual sistema mantiene en relación a las "causales de divorcio", dejando de lado criterios objetivos imposibles de ser determinados cuando hablamos de relaciones humanas como el matrimonio.

Por último, nuestra proposición no deja el tema del divorcio al libre arbitrio de las partes, sino que reconoce el derecho que tiene la sociedad, representada por el juez, de verificar si realmente el vínculo matrimonial se ha roto o no en la realidad.

Es respecto a este último punto donde debemos detenernos por unos instantes para analizar la famosa figura del divorcio por mutuo disenso, recogida en nuestros Códigos Civiles de 1936 y 1984. Hemos visto como nuestro legislador, basado en múltiples criterios, ha tratado por todos los medios de paralizar o hacer casi imposible las acciones de divorcio. Por

ello limitó la procedencia del divorcio a ciertas causas específicamente determinadas. Sin embargo, conjuntamente con estos criterios restrictivos y antidivorcistas, se establece la figura del divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges.³¹ Mediante este sistema, los cónyuges no requieren probar absolutamente nada, sino que simplemente necesitan el seguir un trámite previo de separación de cuerpos, esperar unos meses y luego divorciarse.

Es difícil entender como, ante un sistema eminentemente antidivorcista y basado en criterios de inmoralidad y culpabilidad, como el que nos regula, se filtraba un criterio de divorcio como el de mutuo disenso.³² En todo caso, es claro que en el Perú, la mayoría de divorcios se logran por dicho conducto³³, con lo cual, a la larga, se establecen dos realidades inaceptables: por un lado se impide cualquier actuación de la sociedad en pro del mantenimiento del matrimonio, y por otro se institucionaliza el chantaje.

Ante el supuesto del divorcio por mutuo disenso, la sociedad no tiene forma de intervenir, con lo cual renuncia justamente al único criterio que le permite desconocer la posibilidad de la existencia del divorcio libre. Como bien dice Cornejo Chávez, "autorizar a los cónyuges para oponer el más estricto silencio al empeño que muestra el juez para averiguar hasta qué punto es fundada la demanda y serios los motivos que la sustentan, implica que el Estado renuncia, en favor de los particulares, a la facultad de administrar justicia; que reduce al juez a la categoría de simple testigo o de funcionario notarial; y que, en este caso concreto, las partes son al mismo tiempo sus propios jueces".³⁴

Por otro lado, y si bien no hay estadísticas que nos permitan probarlo, creemos que el chantaje es un elemento muy usado como condicionante para el divorcio. Siendo que nuestro sistema por causales

30. Citado por López Alarcón, Op. Cit. p. 182.

31. Cornejo Chávez, Op. Cit., T. I p.336, nos dice que "[e]l mutuo disenso significa que los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas - que sin embargo no desean ventilar ante los tribunales- o simplemente por el hecho de que difieren en el modo de pensar y de sentir, esto es, por incompatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar la cohabitación... Significa, para decirlo gráficamente, que los cónyuges no están de acuerdo en nada, excepto en que no están de acuerdo".

32. Nosotros nos atrevemos a deslizar algunas respuestas. En primer lugar, creemos que el mismo fue una contra-reacción a las figuras tan restrictivas como son las "causales de divorcio". En segundo lugar, pensamos que se reconoció, aunque tímidamente, el hecho que los matrimonios no sólo terminan por culpa de alguno de los cónyuges, y en tercer lugar, hubo también un reconocimiento tácito a la falta de legitimidad por parte de la sociedad para obligar a un matrimonio roto a seguir formalmente como tal.

33. Cabello, Op. Cit., pp. 531 y ss. La mencionada autora nos presenta una serie de cuadros estadísticos sobre el divorcio en el Perú. En el Cuadro Nº 7 aparece que comparativamente el porcentaje de demandas de divorcio por mutuo disenso frente a las de por causal no es muy grande (1983: 54. 5-45.5; 1984:55.2-44.8; 1985: 54.7-45.3; 1986: 55.4-44.6; 1987: 55.0-45.0). Sin embargo, cuando entra a analizar el porcentaje de divorcios otorgados en ambos supuestos, la misma estudiosa del tema nos señala, luego de informar sobre un trabajo de campo que realizó, que "las acciones de divorcio por causal presentan tendencias denegatorias a nivel judicial, justificándose entre otras razones por la dificultad de probanza de la falta conyugal, logrando éxito un número restringido de estas causas".

34. Cornejo Chávez, Op. Cit., T. I , p. 338.

impide en la mayoría de los casos el acceso al divorcio, el o la cónyuge que realmente requiera divorciarse tendrá que "persuadir" al otro para que suscriba una demanda por mutuo acuerdo, y es aquí donde la posibilidad del chantaje está claramente presente.

Para terminar, reconocemos que muchos temas vinculados al divorcio se han quedado en el tintero;

figuras como los alimentos, patria potestad y división de bienes en el matrimonio tienen que ser revisados obligatoriamente en caso de modificarse la normatividad respecto al divorcio.³⁵ Ello no obsta para que consideremos que debe adoptarse en el Perú la teoría del Divorcio-remedio, por ser ella la única capaz de lograr un justo equilibrio entre las pretensiones y expectativas tanto de la sociedad como de las parejas.

35. Esperamos abordar estos temas en subsiguientes comentarios.