

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



UPAGU

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA MODIFICACIÓN DEL
CONTENIDO NORMATIVO DE LA FIGURA DEL DIVORCIO A PARTIR DE LA
DISOCIACIÓN DEL MECANISMO MATRIMONIAL DEL CONTENIDO DEL
DERECHO DE FAMILIA.**

POR

Oscar Fernando Chuquipoma Rios

ASESOR

Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Cajamarca – Perú

Abril – 2021

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



UPAGU

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

TÍTULO DE LA TESIS

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA MODIFICACIÓN DEL
CONTENIDO NORMATIVO DE LA FIGURA DEL DIVORCIO A PARTIR DE LA
DISOCIACIÓN DEL MECANISMO MATRIMONIAL DEL CONTENIDO DEL
DERECHO DE FAMILIA.**

Bach. Oscar Fernando Chuquipoma Rios

Asesor: Mg. Gloria Vilchez Aguilar

Cajamarca – Perú

Abril – 2021

COPYRIGHT © 2019 DE

Oscar Fernando Chuquipoma Rios

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA MODIFICACIÓN DEL
CONTENIDO NORMATIVO DE LA FIGURA DEL DIVORCIO A PARTIR DE LA
DISOCIACIÓN DEL MECANISMO MATRIMONIAL DEL CONTENIDO DEL
DERECHO DE FAMILIA.**

Presidente: Christian Fernando Tantaleán Odar
Secretario: Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla
Asesor: Gloria Vílchez Aguilar

Dedicado:

Para mi hija Cristina por haber
sido mi mayor inspiración para
culminar esta investigación y,
asimismo culminar una etapa más en
mi vida.

A:

Agradecer a Dios por brindarme la salud y poder así seguir adelante en mis proyectos.

Agradecer a mis padres Wilder y Paulina, por el inmenso apoyo, que me han brindado durante toda mi vida y especialmente en mi etapa universitaria, me dieron la mejor educación.

Agradezco también a todos mis docentes universitarios de la UPAGU por haberme formado y brindado todos sus conocimientos, para llegar hacer un buen profesional.

Contenido

RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
CAPÍTULO I	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1. Planteamiento del Problema.....	4
1.1.1. Descripción de la realidad problemática.....	4
1.1.2. Definición del problema	9
1.1.3. Objetivos de la investigación	9
1.1.3.1. General	9
1.1.3.2. Específicos.....	10
1.1.4. Justificación e importancia.....	10
CAPÍTULO II	12
MARCO TEÓRICO	12
2.1. Antecedentes teóricos	12
2.2. Marco Histórico.....	19
2.2.1. Derecho de familia a través de la historia.	19
2.2.1.1 La familia en Roma.....	24
2.2.1.2 La familia medieval.....	24
2.2.1.3 La familia preinca e incaica.....	25
2.2.1.4 La familia en la colonia	26
2.2.1.5 La familia en la república	27
2.2.1.6 La familia actualmente en el Perú.....	27
2.2.2. Evolución de la institución matrimonial.....	28
2.2.3. Tratamiento histórico del divorcio	31
2.3. Teorías del divorcio	39
2.4. Teoría de la naturaleza de la familia.....	42
2.5. Teoría de la naturaleza jurídica del matrimonio.....	44
2.10. Teoría de los derechos humanos.....	56
2.10.1. La dignidad de la persona como referente para la interpretación de los derechos.....	59
2.10.2. La libertad como presupuesto para el entendimiento del matrimonio y el divorcio.....	63

2.10.3.	El derecho al libre desarrollo	70
2.11.	Marco conceptual	71
2.11.1.	Familia.....	71
2.11.2.	Matrimonio	71
2.11.3.	Divorcio.....	72
2.12.	Hipótesis	72
CAPÍTULO III.....		74
3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN		74
3.1.	Tipo de investigación.....	74
3.2.	Diseño de investigación	74
3.3.	Área de investigación.....	75
3.4.	Dimensión temporal y espacial	75
3.5.	Unidad de análisis, población y muestra.....	75
3.6.	Métodos.....	75
3.7.	Técnicas de investigación	76
3.8.	Instrumentos	76
3.9.	Limitaciones de la investigación	76
CAPÍTULO IV		77
4.	Fundamentos jurídicos que sustentan la modificación del contenido normativo de la figura del divorcio a partir de la disociación del mecanismo matrimonial	77
4.1.	Reconocimiento de la institución familiar de manera diferenciada a la constituida por el matrimonio.....	77
4.2.	Análisis de la naturaleza del matrimonio y proscripción de la promoción estatal para su desarrollo	82
4.3	La facilidad para la disolución del vínculo matrimonial se sustenta en el libre desarrollo de la personalidad	84
CONCLUSIONES.....		86
LISTA DE REFERENCIAS		89

RESUMEN

El presente trabajo pretende sustentar la modificación del contenido normativo del a figura del divorcio a partir de una separación del mecanismo matrimonial del contenido del derecho de familia, por lo tanto, se podrá de evidencia que, al existir distintas formas de conformar una familia distinta a la matrimonial, se debe procurar una protección integral a los distintos miembros que conforman la organización familiar, esto en el camino de querer disolver el vínculo matrimonial. Además, que el matrimonio obedece a un formalismo, mediante el cual solo se brinda seguridad y estabilidad a un solo tipo de familia que es la familia matrimonial; no obstante que la naturaleza del matrimonio tiene como sustento al constructo denominado persona, al respeto de su dignidad y, con ello, el derecho de libre desarrollo de la personalidad, lo que elimina la necesidad de su promoción. Por último, el libre desarrollo de la personalidad es el sustento de la institución del matrimonio, motivo por el cual su disolución no debería ser en exceso compleja y no debería requerir mayor causal que el propio proyecto de vida personal.

Palabras Clave: Familia, matrimonio, divorcio.

ABSTRACT

The present work aims to support the modification of the normative content of the figure of divorce from a separation of the matrimonial mechanism from the content of family law, therefore, it will be possible to show that, since there are different ways of forming a family other than marriage, comprehensive protection must be sought for the different members that make up the family organization, this in the way of wanting to dissolve the marriage bond. In addition, that marriage obeys a formalism, through which security and stability are only provided to a single type of family, which is the matrimonial family; However, the nature of marriage is based on the construct called person, respecting his dignity and, with it, the right to free development of the personality, which eliminates the need to promote it. Finally, the free development of the personality is the sustenance of the institution of marriage, which is why its dissolution should not be excessively complex and should not require a greater cause than the personal life project itself.

Keys Word: Family, marriage, divorce.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación sobre los fundamentos jurídicos que sustentan la modificación del contenido normativo de la figura del divorcio a partir de la disociación mecanismo matrimonial del contenido del derecho familia, ha sido motivada por la experiencia de practicante -ya como bachiller- en los casos de divorcio, por cuanto he tenido la oportunidad de evidenciar, procesos judiciales de divorcio, en donde se ha denigrado tanto la reputación e identidad de uno o ambos cónyuges por lograr la disolución del vínculo matrimonial, pero sobre todo ha generado daños a nivel psicológico y físicos en los demás integrantes que componen el grupo familiar.

El Estado a través de sus distintos poderes, como el legislativo y judicial, deben procurar efectivizar la protección integral de la familia, a que referencia el texto constitucional en su artículo 4, evitando procedimientos burocráticos para obtener el divorcio frente a un matrimonio destruido, que tiene de por medio a una familia que se materializa en distintas formas consecuencia de los cambios sociales.

El mecanismo matrimonial, ha sido relacionado con la familia. No obstante, el matrimonio funciona como un mecanismo que le brinda seguridad y estabilidad a la familia matrimonial, originando derechos y obligaciones, que al ser incumplidas da paso a la disolución es decir poder accionar el divorcio; que de por medio esta la familia que se ha constituido precedentemente a la celebración del matrimonio. Además, dentro de la naturaleza del matrimonio tiene como sustento al constructo denominado persona, el respeto a su dignidad y a su libre desarrollo familiar.

Ante el querer dar solución a una crisis familiar envuelta por el mecanismo matrimonial, debe primar el derecho a la libertad que tiene en su seno al derecho del libre desarrollo de la personalidad, el cual implica que cada ser humano tiene sus ideales de vida. Pues ante crisis familiar, el Estado debe procurar dar solución con el sustento de que el ser humano al ser libre puede decir según a esos ideales de vida que se ha propuesta, es decir respetando su desarrollo personal.

Frente a estos inconvenientes que se presentan, como resultado de un análisis doctrinario profundo de estas tres figuras, familia, matrimonio y divorcio, se concluye que es de suma importancia la modificación de la figura de divorcio dentro del libro de derecho de familia del Código Civil peruano. Además, que, se brinde una protección constitucional a los distintos tipos de familia que se conforman en la actualidad, modificando el artículo 4º del texto constitucional, que hace referencia la protección de la familia, la mujer y el niño peruano.

Por otro lado, este trabajo investigativo está dividido en la primera parte: los antecedentes teóricos relacionados al tema, en cuanto se analiza trabajos a nivel nacional, estos trabajos aportaran en la investigación una información relevante acerca de la figura de la familia, matrimonio y finalmente la figura de divorcio; dejando claro que estas figuras son analizadas por separadas en los referidos trabajos de investigación.

En la segunda parte del presente trabajo de investigación, se trata la evolución histórica que ha tenido la familia desde la época romana hasta la actualidad, luego se aborda el cambio que ha sufrido la institución del matrimonio en la historia en cuanto a su inclusión dentro de los distintos códigos civiles hasta llegar hasta nuestros días; y finalmente en esta

parte se estudia también la evolución del divorcio como un instrumento que es considerado como una solución ante una crisis matrimonial.

La tercera parte, está compuesta por la distintas teorías respecto a estas tres figuras jurídicas es decir, el divorcio, la familia, el matrimonio y, finalmente la teoría de los derechos humanos, resaltando eso sí, que ha considerado las teorías más relevantes en la doctrina peruana y que son tomas de base para la conformación del ordenamiento jurídico peruano referente al derecho de familia; pues entre estas teorías se encuentra, la teoría del divorcio sanción y remedio; luego las teorías referentes a la familia, que la consideran como persona jurídica, organismo público, como institución y sujeto de derecho; seguidamente la teoría del matrimonio; y por último la teoría de los derechos humanos.

La cuarta parte de la investigación: se encontrará todo lo referente a la metodología de la investigación, que son aquellas pautas y procedimientos que servirán de base para sustentar la veracidad de la tesis propuesta.

Finalmente, en la cuarta parte, se presenta la contrastación de la hipótesis, que está referido a que la institución familiar se materializa de distintas formas, es decir en distintos tipos de conformar o integrar una familia, distinta a la considera por el ordenamiento jurídico que es la familia matrimonial, resaltando la importancia que estos tipos de familia necesitan una protección integral por parte del Estado. Asimismo, se pondrá en evidencia la naturaleza del matrimonio, dejando claro que solo estamos frente a un mecanismo que brinda estabilidad y seguridad al tipo de familia, la mal establecida familia matrimonial. Y para culminar se sustenta la facilidad de la disolución del vínculo matrimonial en base al libre desarrollo de la personalidad como derecho implícito dentro del derecho a libertad de cada ser humano.

1.1.Planteamiento del Problema

1.1.1. Descripción de la realidad problemática

El divorcio, como cualquier otra figura jurídica, es el producto de las necesidades de la sociedad en un momento y un tiempo determinados; es por ello que, tanto como se presenta la evolución social, esta figura, también ha de ser objeto de evolución, así, su contenido ha de ser entendido en tono con los cambios suscitados en la sociedad respecto de las figuras que se encuentran en su entorno.

En ese sentido, para efectos de presentar la realidad problemática de la presente investigación, relativa a la evolución del contenido jurídico de la figura del divorcio, es menester tener en cuenta que esta guarda estrecha relación con el contenido del derecho al matrimonio que ha ido cambiando también a lo largo de los años y, asimismo, se ha identificado también una estrecha relación con el derecho a la familia, dada la importancia que se le otorgó en el siglo XX y hasta hoy, a la familia matrimonial.

Empero, si bien es cierto la figura del divorcio ha estado estrechamente relacionada a la institución matrimonial, así como a la familiar; pero esta relación ha ido transformándose, no solo a nivel social, sino, inclusive a nivel doctrinario y jurisprudencial, lo que ha terminado por influir en diversos ordenamientos jurídicos, aunque, dicho cambio no ha logrado alcanzar al ordenamiento jurídico civil peruano. Tal y como puede corroborarse en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* (2012), en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentado que:

En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido

únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (fundamento 142).

Con ello, la Corte establece que el concepto de familia es mucho más amplio que el matrimonio y no lo restringe a la constatación de lazos formales, sino a la vida en común que mantienen sus integrantes; en cuanto al divorcio, el propio Comité de los Derechos Humanos en su Observación General N.º 19 “La Familia (art. 23)”, establece que “debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio”, favoreciendo la interpretación de que no debe obligarse a las partes a acreditar causal alguna para disolver el vínculo matrimonial.

La disociación normativa antes referida, se inicia con el cambio paradigma acerca del contenido del derecho a la familia y de esta última como institución jurídica; pues, si bien es cierto su reconocimiento como derecho humano ha sido consignado en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde 1948 (Asamblea General de las Naciones Unidas), la comprensión del mismo, ha ido variando con los años, puesto que, a nivel fáctico, se han registrado diversos tipos de familia que han superado la tradicional idea de familia nuclear que es permanentemente relacionada al matrimonio, hacia muchos otros tipos tales como la familia biparental por convivencia, la familia monoparental, la familia sin vínculos de filiación, la familia por afinidad, la familia homoafectiva, entre varios otros tipos de familia que se verifican en el plano social (Urteaga, 2020, p. 45) y cuya protección resulta tan o más importante que la familia generada por vínculo matrimonial.

De ahí que siga vigente la intención de reconocer a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, como lo hace la referida Declaración Universal de Derechos

Humanos en su artículo 16, así como también, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966); la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17, (Estados Americanos Signatarios, 1969) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 15 (Asamblea de Estados Americanos, 1988).

Porque ocurre que, la institución familiar es anterior al Derecho mismo, se origina en el contexto de la propia convivencia de los seres humanos en la sociedad y, si bien había sido restringida a una sola forma de configuración en los siglos pasados, en la actualidad puede ser observada como la fundamental célula que compone a la sociedad, conformada por lazos de parentesco o afinidad, formales o informales, pero con la finalidad de hacer vida en común (Rodríguez y Sánchez, 2019, p. 3).

De ahí que, el principio de protección de la familia, se imponga como una obligación al Estado y la sociedad, halla toda su fundamentación en los instrumentos internacionales antes señalados, que derive de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y que sea interpretado “en atención a valores fundamentales como libertad, igualdad y no discriminación” (Manrique, 2020, p. 118), pero no puede ser ampliado a la institución matrimonial; por no tratarse de un derecho fundamental, sino de un mero mecanismo para dotar de seguridad jurídica a uno de los diversos tipos que presenta la institución social familiar.

Al respecto, **el principal inconveniente** se presenta en el ordenamiento constitucional peruano, puesto que, el artículo 4 de la Constitución Política del Perú reconoce al matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad, equiparándolo a la familia, es más, pese a que la normatividad internacional no lo considera así, desarrolla el principio de la promoción del matrimonio, lo que podría justificarse en tanto este es el mecanismo mejor logrado para asegurar la protección de los derechos de las parejas que deciden constituir el tipo de familia biparental.

No obstante, ocurre que el sentido de garantizar la promoción del matrimonio no opera en el sentido del otorgamiento de seguridad jurídica a las parejas que deciden constituir familia biparental, sino que se funda en la tergiversación que se tenía en el siglo pasado entre la familia y el matrimonio, como si ambos fuesen institutos naturales.

Tan es así que, si revisamos el libro III del Código Civil, si bien la denominación que se le otorga es la de Derecho de Familia, al momento de escudriñar entre el articulado, se tiene como primer problema de comprensión el hecho de que se trata de manera indistinta a la institución familiar y al matrimonio, como si una fuese consecuencia de la otra; baste revisar los artículos 239 al 286 que, si bien deberían estar referidos a los tipos de familia y al modo en que deben ser protegidos, en realidad se restringen únicamente a contemplar al matrimonio como acto.

Esto genera **el segundo problema** en torno a la familia, la desprotección normativa, puesto que al restringirse el Código Civil a regular únicamente al matrimonio, deja sin atención a los demás tipos de familia como las formadas por parejas que conviven sin lazo matrimonial, “con hijos provenientes de matrimonios o cohabitaciones previos; con mamás o papás solos (sin pareja) y con hijos menores de edad; parejas que no tienen hijos y no

planean tenerlos; así como otras situaciones más” (Carrasco, 2013, p. 13), e incluso en familias en las que los padres han decidido separarse o divorciarse, que no pierden tal calidad por esta eventualidad.

En ese sentido, la confusión entre familia y matrimonio, se ha centrado únicamente en el vínculo matrimonial normativamente en el Título I del Libro III del Código Civil, tal es la importancia que se le ha otorgado, que se ha regulado, incluso, un título entero para ocuparse de las causales y los efectos de su disolución del vínculo matrimonial, tal y como ocurre con el Título IV del Libro III del Código Civil; mismo en el que el derecho pretende inmiscuirse en asuntos tales como la decisión de suspender los deberes relativos al lecho y habitación (art. 332), cuando esta debería estar reservada al libre desarrollo de la personalidad de quienes decidieron hacer familia y, eventualmente, decidan disolverla.

En el mismo sentido, el Código Civil, pretende detallar las causales que podrían o deberían sustentar la separación de cuerpos (art. 333), como si la libertad de los cónyuges no fuese suficiente sustento para decidir una separación o, como si el Estado tuviese que otorgar un permiso para disolver el aspecto factual del matrimonio y debiera enterarse de los pormenores del ejercicio de la libertad sexual (numerales 1 y 9 del artículo. 333), de la comisión delictiva (numerales 2, 3, 4 y 10 del artículo. 333), o de las conductas desplegadas por los integrantes de una relación matrimonial (numerales 5, 6 y 7 del artículo 333), para recién autorizar un divorcio sobreviniente (art. 349).

Asimismo, todavía bajo el concepto de que el matrimonio es una obligación y en enfrentamiento directo con el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, el Código Civil ha concebido las figuras del divorcio por culpa (art. 350), la obligación de reparación del supuesto cónyuge inocente (art. 351), así como, la figura de la pérdida de gananciales

por el denominado cónyuge culpable (art. 352); vale decir, se presenta toda una tergiversación de la finalidad de la familia como núcleo convivencial de la sociedad y propicia situaciones conflictivas innecesarias en una situación tan sencilla como prescindir del matrimonio dentro del proyecto de vida de las personas.

Es en este sentido que la presente investigación pretende realizar un análisis profundo de estas tres figuras reguladas en un entramado complejo de normas dentro del Código Civil, a efectos de establecer si el contenido de la figura del divorcio realmente debe responder a la confusión entre la institución matrimonial y la familiar, o si debe ser modificada en virtud del respeto del contenido de la persona como categoría jurídica, el respeto de su dignidad y los valores de la libertad y la igualdad.

1.1.2. Definición del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para sustentar la modificación del contenido normativo de la figura del divorcio a partir de la disociación del mecanismo matrimonial del contenido del derecho a la familia?

1.1.3. Objetivos de la investigación

1.1.3.1. General

- Determinar los fundamentos jurídicos para sustentar la modificación del contenido normativo de la figura del divorcio a partir de la disociación del mecanismo matrimonial del contenido del derecho a la familia.

1.1.3.2. Específicos

- Delimitar el contenido del derecho de acceso a la familia y de la institución familiar en virtud de la evolución que ha presentado la institución familiar tanto desde una perspectiva socio jurídica, como propiamente normativa y jurisprudencial.
- Analizar la naturaleza del matrimonio a partir de su relación con el contenido del derecho de acceso a la familia y de la institución familiar.

1.1.4. Justificación e importancia

La modificación del contenido de la figura jurídica denominada divorcio, responde a la comprensión del derecho como un fenómeno evolutivo que se presenta de manera paralela a la evolución de la sociedad misma, tal consideración, ha sido tomada ya por la teoría de los derechos fundamentales que comprende el carácter evolutivo de los mismos como uno de sus componentes necesarios; en ese sentido, el resultado de la presente investigación busca reforzar la comprensión de dicho carácter evolutivo y, por tanto, instituirse como un nuevo aporte teórico específico de dicha teoría, en el extremo específico del derecho de constituir una familia; este serpa el aporte teórico de la investigación.

No obstante, los fundamentos que se logren conformar desde el aspecto teórico, bien podrían tornarse en razones que sustenten la exposición de motivos tanto para propiciar la reforma constitucional del artículo 4 del texto constitucional, como para la modificación del libro III del Código Civil, tanto en lo tocante a la todavía regulada supremacía del matrimonio sobre los otros tipos de familia, que genera desprotección, como, en lo que respecta al tema de la presente investigación, que se refiere al cambio del contenido de la figura del matrimonio en la totalidad del Título IV del mencionado Libro III.

La modificación normativa, deberá influir inexcusablemente en la práctica de este extremo del derecho civil, misma que, podrá desarrollarse en torno al respeto de las libertades personales; de manera tal que, se dejará de usar y abusar de la función jurisdiccional para lograr venganzas personales que no tendrían por qué ser ocupación del Derecho.

En cuanto a la utilidad de la investigación a nivel personal, esta se sentará como el primer hito del desenvolvimiento profesional del tesista, lo que redundará tanto en el aprovechamiento académico del mismo, como en la madurez de sus posturas a nivel de la comunidad académica jurídica de nuestra región y país.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes teóricos

Concretamente teorías o desarrollos teóricos referentes a la relación del concepto de divorcio con la evolución que ha tenido el concepto de familia y la influencia que esta ha tenido sobre el concepto matrimonio, no se presentan en la doctrina del Derecho de Familia, del Derecho Civil o del Derecho Constitucional; en ese sentido, realizada la búsqueda en la doctrina y en los estudios previos que se presentan en conjugación con los componentes antes señalados, no se ha obtenido resultado alguno; sin embargo, cada uno de estos componentes de manera individual sí han tenido desarrollo teórico, el mismo que se plantea a continuación.

En primer término, existe un aporte relacionado con el componente de la evolución del derecho de familia tanto a nivel doctrinario, dogmático y normativo; se trata de la investigación realizada por Urteaga (2019), quien estudió “la naturaleza de la institución matrimonial en relación con la naturaleza del derecho a la familia en su dimensión social actual (p.1); este importante aporte constituye un punto de partida para el presente trabajo de investigación puesto que, presenta una clara evolución sociológica del contenido de la institución familiar que ha influido en el derecho a tener una familia; vale decir, presenta las características materiales de la familia teniendo en cuenta las ocurrencias fácticas que se observan en la actualidad.

Estas características llevan a caer en la cuenta de que el contenido de la familia ha cambiado desde la concepción originaria, referido a la denominada familia nuclear, compuesta por los padres y los hijos y que generalmente es relacionada con la figura del

matrimonio, con el paso del tiempo se ha difuminado para dar paso a familias nucleares no necesariamente compuestas por matrimonio, a familias conformadas por parejas que no quieren tener hijos, a familias monoparentales en las que el cuidado de los hijos está a cargo de uno solo de los padres, a familias homoafectivas compuestas por dos varones o dos mujeres, a familias convivenciales unidas por vínculos de afinidad pero no por parentesco consanguíneo (Urteaga, 2020, pp. 45-62).

En consecuencia, esta evolución en la constitución familiar que se ha presentado primero dentro de la sociedad, en el plano fáctico, ha influido también en la concepción doctrinaria y, sobre todo en la normativa y jurisprudencial, principalmente a nivel convencional, puesto que las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales universales y regionales, han recogido la evolución de la familia a nivel material para adecuar los contenidos normativos relativos a esta y poder asegurar una tutela integral de todos los tipos de familia presentados (Urteaga, 2020, pp. 62-68).

Este fenómeno evolutivo, traza una diferencia muy marcada entre el contenido del derecho a una familia y el derecho a un matrimonio que, anteriormente habían sido equiparados en las normatividades nacionales, incluida la peruana que todavía mantiene un libro en común para ambas figuras y que, suele presentar disposiciones normativas que todavía confunden una y otra figura, tal y como ocurre con el reconocimiento del matrimonio como un instituto natural y fundamental de la sociedad (art. 4 de la Constitución Política del Perú), situación que no se presenta en la normativa internacional en la que se reconoce a la familia y no al matrimonio como el elemento natural de la sociedad; pero además, logra confundir mucho más el concepto del matrimonio planteando que se trata de una figura natural, cuando en realidad no es más que un mecanismo que

sirve para dotar de seguridad jurídica a un tipo de unión familiar, la convivencial y que a todas luces no se desprende de la naturaleza del ser humano sino de una creación del hombre dentro de su pretensión de orden social (Urteaga, 2020, pp. 116-124).

Todos estos aportes muy esclarecedores en cuanto a situaciones y regulaciones jurídicas que prefieren plantear una equiparación entre familia y matrimonio, como si se trataran de lo mismo, cuando en realidad muchos matrimonios, desde el plano fáctico, ya ni siquiera constituyen familia; punto hacia el cual pretende adentrarse la presente investigación, puesto que se presentan muchos casos de personas que siguen viviendo en la misma casa, unidos por un vínculo matrimonial pero sin hacer vida en común y otros casos de personas que se han separado ya de hecho y conformado nuevas familias pero siguen unidas por el vínculo matrimonial, dada la complejidad que presenta de conformidad con nuestra regulación acceder a un divorcio; ello, bajo la creencia de que obligando a las personas a mantenerse casados se está favoreciendo el principio de promoción del matrimonio que se presenta solo a nivel constitucional y no a nivel normativo internacional y al principio de protección de la familia, cuando en realidad se estaría perjudicando a las nuevas familias conformadas por favorecer a un formalismo matrimonial.

Al respecto, existen otras investigaciones referidas al divorcio, tanto desde la perspectiva de favorecimiento al principio de promoción del matrimonio, como desde la perspectiva del favorecimiento al libre desarrollo de la personalidad que sustentan la necesidad de regular un divorcio incausado; extremos que merecen ser estudiados a efectos de aclarar la postura que se alcanzará en la presente investigación.

Una de las propuestas que busca favorecer el principio constitucional de promoción del matrimonio, sin presentar ninguna objeción hacia su contenido es el trabajo planteado por

Silva (2017), en el que critica la ausencia del periodo de reflexión en la regulación jurídica del divorcio notarial y municipal puesto que la considera atentatoria del principio constitucional antes mencionado.

En este trabajo se presenta una evolución de la familia y del matrimonio en conjunto, lo que se sustenta en el hecho de que ambas instituciones han caminado de forma paralela en varias de las épocas de la historia humana; en ese sentido, presenta las distintas etapas por las que ha atravesado el matrimonio, en las que se recoge el raptor de mujeres o su obtención luego de la guerra, la compra de mujeres en la época romana o, la etapa medieval en la que se dignificó al matrimonio otorgándole un carácter sacramental e indisoluble, considerándolo un contrato; o, dentro luego de la revolución francesa en que se abrió la posibilidad de celebrar matrimonios ante funcionarios civiles; y, dentro de nuestro derecho inca, la figura de la endogamia para mantener el linaje o la poligamia que era obligatoria para el inca pero prohibida para el pueblo (Silva, 2017, pp. 31-33).

Empero, a pesar de la confusión entre familia y matrimonio que se presenta en la investigación, lo que resulta importante para ser comentado es la identificación de la antagonía entre la figura del matrimonio y del divorcio, puesto que tiene en cuenta que el primero es una manera de crear familia y la segunda es una manera de limitarla (Silva, 2017, p. 30); empero, esto no es necesariamente verdad, no a la luz de las ocurrencias y diferenciaciones actuales del asunto; vale decir, si bien es cierto el divorcio pone fin al matrimonio, no necesariamente pone fin a la familia, esto puesto que, de existir hijos procreados dentro del matrimonio, al disolverse este, de ninguna manera se verá disuelta la relación paterno filial, por lo que en este extremo la familia sigue en pie independientemente de la falta de vínculo matrimonial; por otro lado, constituye un error suponer que los excónyuges necesariamente tendrán una relación de conflicto una vez

destruido el vínculo matrimonial, pues si es que siguen manteniendo un vínculo paterno filial con sus hijos, bien podrían mantener también un vínculo de familiaridad que se mantendrá de por vida por cuestiones naturales, ya no por cuestiones formales.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la invocada indisolubilidad del matrimonio, no puede constituir una limitación al libre desarrollo de la personalidad, no es una regla general ni obligatoria, debido a que la unión conyugal puede debilitarse y dejar de cumplir sus fines y mantenerla solamente involucraría la afectación de los derechos de los cónyuges, lo que pretende mitigarse o impedirse con la figura del divorcio (Varsi, 2004, pp. 3-4); vale decir, el divorcio se presenta como una solución jurídica ante la existencia de una situación pasible de lesionar los derechos tanto de los cónyuges como de los integrantes del grupo familiar.

Empero, en el trabajo presentado, se sigue manteniendo la creencia de que el alargamiento de los requisitos o el incremento de los mismos para lograr el divorcio, redundaría en favor del principio de protección del matrimonio, lo cual podría ser tenido como correcto, pero no en el sentido planteado en la tesis, puesto que si bien implica la promoción del matrimonio, podría afectar la protección de la familia, dado que la obligación de mantener un vínculo formal puede debilitar las relaciones entre quienes pretenden divorciarse; ello se evidencia de afirmaciones tales como la necesidad de regular un plazo de revocatoria de consentimiento en el divorcio municipal y notarial (Silva, 2017, p. 79).

Otro planteamiento importante es el que presenta Pariatanta (2018) en el que formula la posibilidad de desregulación de la consulta en el divorcio por causal que se eleva a instancia superior a efectos de que se revise su aspecto formal (p. 28); bajo este

presupuesto, revisa las actuaciones del Ministerio Público, del Poder Judicial y de las instancias superiores de este último para encargarse de la revisión de la sentencia obtenida en el divorcio por causal; empero, da cuenta del tiempo que tarda en resolverse un proceso de divorcio por esta circunstancia, la ineficiencia de los mecanismos normativos que pretenden el desincentivo del divorcio para proteger el matrimonio y la pérdida de tiempo y dinero que supone para las personas atravesar por un proceso de este tipo (p. 66).

Al respecto, otra entrega sumamente importante es la presentada por Hernández (2015) en el que se investiga el sustento jurídico, social e ideológico del denominado divorcio sanción tanto en Perú como en España; actuación que lleva a la investigadora a establecer la naturaleza de estas regulaciones; en el caso peruano, se considera la existencia de un cónyuge culpable en la disolución del vínculo familiar, pero sobre todo, en la enorme actuación probatoria que requiere acreditar alguna de las causales que determinan el divorcio sanción, así como el tiempo que toma la tramitación de un proceso de divorcio por este tipo de causal y la afectación que el tiempo y dinero invertido causa en los litigantes; lo que lleva a la conclusión de que el sustento que se argumenta en el Perú como respaldo del divorcio sanción, referido a la estabilidad de la familia matrimonial, termina por ser inconsistente con la realidad, en la que lejos de favorecerse a este tipo de familia se termina por debilitar aún más las relaciones que se deben mantener luego del divorcio, como la paterno filial o la parental (pp. 109-115); a diferencia de España, en donde la regulación ha privilegiado al derecho al libre desarrollo de la personalidad y se ha preferido establecer la figura del divorcio incausado que va a cumplir con la misma función de disolver el vínculo matrimonial pero sin el deterioro que supone la búsqueda de un cónyuge culpable de dicha disolución (pp. 116-120).

Este último trabajo sumamente importante para la posición de la presente tesis en la que se sostiene que los excesivos requisitos y procedimientos que hay que atravesar en el país para disolver el vínculo matrimonial, lejos de proteger a la familia, terminan por afectarla, y únicamente alargan la existencia de un matrimonio que, en el plano fáctico ya no determina la constitución de la familia.

En igual sentido desarrolla su postura Guzmán (2017), quien sostiene que la regulación del divorcio incausado en el país favorecería al derecho de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos en tanto son personas cuyos vínculos son trazados en virtud de la convivencia social y familiar, y no en torno a exigencias legales o formalidades impuestas; de modo que, el matrimonio al ser un acto jurídico, puede ser resuelto sin necesidad de que medie una causa en específico, más que la propia expresión de la voluntad para ello, lo que supone el respeto de uno de sus elementos constitutivos (p. 61).

Por otro lado, causa zozobra el verificar que, aun cuando se presenta la manifestación de una voluntad por terminar con el vínculo matrimonial, sea unilateral o bilateral, se presentan algunas sentencias que declaran infundada la demanda por falta de probanza de las causales invocadas, es decir, que se posterga el cumplimiento de la voluntad de las personas porque no pueden acreditar causales normativamente impuesta, lo que es manifiestamente lesivo del derecho de la autonomía de la libertad (pp. 62-63).

Hecho último que causa preocupación también en el tesista, puesto que no favorece a la finalidad tutelar del derecho, el hecho de que existan regulaciones que, por proteger formalidades legalmente impuestas, en pro de la promoción del matrimonio, terminen por afectar derechos sumamente importantes e irrenunciables como es la autonomía de la voluntad, visto desde la perspectiva de uno de los elementos del acto jurídico, pero sobre

todo, visto desde la perspectiva de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la dignidad, que se conjugan en la construcción de un proyecto de vida y, además, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que se busca que la actuación jurisdiccional sirva para erradicar la afectación de derechos, no para agudizarla.

2.2. Marco Histórico

2.2.1. Derecho de familia a través de la historia.

La historia demuestra que la institución familiar ha experimentado una serie de transformaciones y sucesiones de tipos de familia; la familia como una organización social ha coexistido a lo largo de toda la historia de la humanidad, sin embargo, ha estado sujeta a cambios en su composición y estructura como resultado del desarrollo social. La familia no es la misma de antes, ni se mantendrá como es ahora en el futuro. El contenido de la familia que se tiene en el siglo XXI ha ido cambiando paulatinamente desde las últimas décadas del siglo XX, fenómeno que no es exclusivo en el siglo actual, sino que, como la mayoría de instituciones sociales, forma parte de la constante evolución del ser humano.

Además de la diversidad tipológica que se tiene contemporáneamente, la familia había sido ya objeto de evoluciones, desde los clanes de la prehistoria, pasando por la “familia – clan diferenciada (uterina o masculina), la familia agnática, la familia patriarcal-romana, la familia paterna-germánica y la familia conyugal moderna” (Barjau, 2018, p. 9); así, la denominada familia conyugal o familia nuclear, se presentó en un momento reciente de nuestra historia como la forma acabada de la familia y se la relacionó con el matrimonio.

Ahora bien, los cambios sociales acontecidos en el ciclo XX, ha traigo consigo distintos enfoques para el concepto de familia, esto debido situaciones como la inclusión social, la labor de la mujer, la compleja regulación del divorcio, las migraciones hacia las

distintas ciudades, entre otras circunstancias. Estos cambios, han generado que se altere la familia nuclear tradicional, dando lugar a distintos tipos estructurales de familia, como son las originadas por uniones de hecho, las monoparentales o el caso de las familias ensambladas, estas son algunos de los tipos de familia que se evidencia actualmente.

En ese sentido, en el presente trabajo existe la plena consciencia de la pluralidad de tipos de familia que se presentan en la actualidad, la denominada familia nuclear, la familia extensa, la familia monoparental, la familia binuclear, la familia homoparental (Sánchez, Antón y Carbonero, 2009), entre otras que se van identificando en los estudios sociológicos, antropológicos y psicológicos; no obstante, se prestará atención en especial a un tipo de familia, la denominada familia nuclear, “básica o elemental, cimentada en el matrimonio católico, monogámico e indisoluble, y conformado por papá, mamá e hijos” (Jiménez, 1999, p. 103), que ha sido tomada como ejemplo para la conformación de las normas relativas a la familia, en varios lugares del globo, nuestro país, no es la excepción, puesto que, si bien es cierto en la normatividad vigente se ha diferenciado del matrimonio religioso y el matrimonio civil, el libro de familia del Código Civil mantiene la idea de que la familia se encuentra compuesta por padre, madre e hijos, así como, que la manera de cimentar la familia es a través del matrimonio.

De manera previa al estudio de las familias nucleares, es preciso tener cuenta de la diversidad de familias con las que se cuenta en la actualidad, a fin de contar con un contexto de estudio; al respecto los estudios han revelado que:

En el pasado histórico reciente, el patrón cultural de mayor frecuencia fueron las familias encabezadas por parejas casadas en primeras nupcias, quienes se hacían cargo de sus hijos comunes en hogares solos (familias nucleares) o que residían con otros

parientes (familias extensas). Sin embargo, en la actualidad observamos – en especial a partir de los años sesenta y setenta del siglo pasado – la disminución constante de su preeminencia demográfica junto al desarrollo (cada vez mayor) de otros arreglos sociales: parejas que cohabitan en unión libre; familias en las cuales los padres se han divorciado, enviudado, o bien se han casado en dos o más ocasiones; familias con hijos provenientes de matrimonios o cohabitaciones previos; con mamás o papás solos (sin pareja) y con hijos menores de edad; parejas que no tienen hijos y no planean tenerlos; así como otras situaciones más (Carrasco, 2013, p. 13).

Dicho en palabras sencillas, Carrasco (2013) presenta los cambios que factualmente ha presentado la tradicional familia matrimonial, por los diversos y complejos tipos de familia que se han ido presentando en la sociedad, así, la familia llamada conyugal o nuclear, ha pasado a ser conocida como la familia biparental, en la que, no necesariamente se requiere de un matrimonio para que exista; esto se evidencia en los porcentajes que, para el inicio del milenio se tenían respecto de la reducción de las familias matrimoniales; tan es así que, en Perú, para el año 2007, de una población entrevistada de 15 años a más, 31.3% era casada y 26.8% cohabitaba en unión libre; cifra muy parecida a Colombia cuyos porcentajes eran de 25.9% para las parejas casadas y 25.9% para parejas en unión libre; en Australia la cifra de parejas en unión libre a la época era de 76.8%; en el año 2008 en Gran Bretaña las madres que tuvieron hijos sin pareja ascendía al 44%, en España 33.2% y, para el 2009 en Holanda el porcentaje ascendía a 32 %. Asimismo, para el 2010, en Noruega se presentaron casos de personas que ya no vivían en los denominados hogares familiares, sino en hogares unipersonales y, se registraron también los hogares compuestos por amigos, compañeros de trabajo (Carrasco, 2013, p. 15), que conforman un nuevo tipo de familia.

De esta manera, el concepto de familia ha ido distanciándose paulatinamente del concepto de matrimonio, en el sentido de equivalencia; vale decir que, cuando se habla de familia, en la actualidad ya no nos estamos refiriendo necesariamente a la familia nuclear – matrimonial, o dicho desde el derecho familia conyugal, aunque, cuando se habla de matrimonio, generalmente sí nos estamos refiriendo a un tipo de familia; lo dicho es porque también pueden presentarse matrimonios que no consiguen conformar una familia.

Así, se puede observar que la clásica familia nuclear, ha cambiado ahora por familias nucleares monoparentales y biparentales, matrimoniales y convivenciales; por lo que puede ser definida ahora como aquella que está constituida por padres y madres convivientes, con o sin hijos a su cargo y cuyo proceso de formación podría localizarse en el matrimonio o en las otras formas de cohabitación (Rodríguez y Sánchez, 2019, p. 3); como se ve, el concepto de familia nuclear ha cambiado, podría o no ser biparental, podría o no tener prole, podría o no formarse a través del matrimonio; empero, si leemos el Código Civil peruano, el único tipo de familia que se admite, es el matrimonial, sin decirlo claramente, admitiendo excepciones, pero la conformación del libro denominado derecho de familia, se centra en el matrimonio.

Y cómo no, si esta institución jurídica todavía reviste importancia en la actualidad, puesto que, tal y como se estructura la normatividad, es uno de los derechos que coadyuvan con la seguridad jurídica de las relaciones que se gestan entre dos personas que quieren hacer familia, el inconveniente está en que no recoge dentro de sus componentes, unos que permitan admitir otros tipos de familia dentro de su supuesto, como por ejemplo la familia homoafectiva, siendo que esta se encuentra privada de la tutela que ofrece el derecho al matrimonio a las familias biparentales heteroafectivas.

Esto muestra la situación de inseguridad que se está generando por la inacción del Estado, la falta de regulación de situaciones reales, de verdades fácticas que necesitan tutela; en ese sentido, el Gobierno, como responsable por el ser humano, debe ampliar su poder de protección a las uniones homoafectivas en tanto entidades familiares, dado que su papel es garantizar, por medio de políticas públicas, los derechos fundamentales asegurados por la Constitución (Díaz y Chávez, 2008).

En este punto, cabe anotar que no hace falta crear un nuevo tipo de familia, puesto que la familia nuclear ha cambiado su composición en base a otras circunstancias fácticas, como el hecho de que existan familias nucleares con un solo padre, o familias nucleares integradas por miembros de otras familias desintegradas, familias nucleares sin matrimonios o sin hijos, bien podría admitir las relaciones afectivas independientemente de la identificación del sexo de la pareja: si formados por hombres y mujeres o solo por mujeres o solo por hombres. La orientación sexual integra la esfera de privacidad y no admite restricciones (Díaz y Chávez, 2008).

De esta manera, se mantiene a salvo todos los demás derechos anteriormente mencionados, la dignidad de la persona cuyo objeto de estudio es la transición entre moral social y moral crítica para la tutela de los derechos de la persona, la libertad como principio que permite a la persona la construcción de su proyecto de vida de acuerdo a sus necesidades, el principio de igualdad por el que no se permite realizar distinciones en donde no las hay y, el principio de seguridad jurídica por el que las personas requieren certeza de que sus relaciones jurídicas cuentan con un respaldo normativo.

Ahora bien, se podrá de evidencia el sendero histórico de la institución familiar hasta la actualidad, destacando eso sí, los principales cambios que ha sufrido esta institución en distintas épocas:

2.2.1.1 La familia en Roma

En la época romana, es de resaltar que era muy amplio el poder que se le concedía a la figura denominada pater familias, según Ramírez (2021) la familia romana se caracterizaba por el absoluto sometimiento del grupo familiar al pater familias, quien tenía el absoluto poder de dirección de toda la familia, es decir el pater familias ejercía poder sobre su mujer, sus hijos, sus mujeres y esclavos. Incluso podía manipular a todos de la forma en la que desease y más aún disponer de sus vidas. En la familia romana, los vínculos jurídicos y de sangre tenían más importancia que los lazos de afecto y de atracción personal.

Hay que destacar, que, en el seno de la familia romana, se puede evidenciar que estaba presente la figura de la endogamia, por cuanto era trascendental mantener los vínculos jurídicos para conformar la familia. Es destacar que desde la época romana la institución de la familia se ha materializado en una forma singular de conformar una familia.

2.2.1.2 La familia medieval

En la familia medieval, fue principalmente guiada por el derecho canónico, esto es entre los siglos X y XV, por cuanto se erigió el matrimonio religioso, siendo la nota más característica la indisolubilidad, además que era conformada por hombre y mujer de donde resultaban lo hijos legítimos. Según Ramírez (2021), “la familia fue transformada por la iglesia en una verdadera institución religiosa y jerárquica, sumida bajo el imperio de la figura paterna y donde los hombres y mujeres e hijos tenían lugares y funciones específicas.

En efecto, la institución familiar se materializó en la unión biparental, donde el padre y la madre estaban a cargo de los hijos y estos a su vez cumplían un rol específico. Este tipo de familia estuvo cimentada por normas religiosas, que sirvió para implementar y elaborar las normas que compondrían los códigos civiles peruanos de 1852 y 1936 en lo pertinente al derecho de familia, rescatando la indisolubilidad el matrimonio, visto desde un aspecto ético-moral.

2.2.1.3 La familia preinca e incaica

La transformación de la familia en el Perú tuvo el siguiente proceso:

En primer lugar, se encuentra a las familias formadas en las culturas anteriores al imperio, evidenciándose la denominada familia horda, que es el conjunto de familias sin organización; luego se encuentra a la banda, que era el conjunto de familias con ciertas costumbres, es un tipo de familia que se identifican como descendientes de un tronco en común; seguidamente vendría la denominada familia sib, caracterizada por el culto común de los antepasados y sin una organización política; luego se encuentra la familia gens, familias con antepasados comunes en línea paterna que vivían en un mismo territorio, dando lugar a la gran familia donde los integrantes viven juntos en un mismo lugar subordinados a un jefe dentro de una sociedad económica; finalmente encontramos al Ayllu, es el tipo de familia que se consideraban descendientes de un lejano antepasado en común (Ramírez, 2021).

Como se puede evidenciar, en la época del pre incanato, la familia se materializaba en distintas formas de organización, y características específicas que lo diferenciaban a cada grupo familiar.

En segundo lugar, se encuentra el derecho familiar incaico, se edificó sobre la base del matrimonio monogámico (aunque el Inca, quizá ilimitadamente, y los nobles con cierta limitación practicasen la poligamia); en cuanto a la celebración del matrimonio estos se contraían entre personas de igual linaje, guardándose estrictamente, salvo para el monarca, la prohibición de contraerlo entre parientes. Según el autor Cornejo Chávez (1988) “el matrimonio adoptaba a veces la forma contractual de la compra en presencia de los familiares de los contrayentes o asumía otras veces la forma administrativa con intervención de un funcionario, y que con estas formas concurrían otras uniones, tales como el servinakuy o tinkunakuspa” (p. 43). En ese sentido, se puede evidenciar que, en la época incaica, la familia se originaba distintos modos.

2.2.1.4 La familia en la colonia

La familia en la colonia estuvo caracterizada, por el dominio del hombre, por su autoridad y superioridad paterna; por su parte la madre y lo hijos asumieron un rol menos importante. La familia colonial fue una estructura social cerrada en la que los padres cumplían un rol importante de maestros, que trasmitían sus conocimientos referentes a sus costumbres (Varsi, 2011).

Hay que resaltar que la familia va evolucionando según Tord Nicolini & Lazo Garcia (1981) “La familia como unidad social evoluciona hacia el concepto señorial, representado una sólida organización social doméstica que comprendía a los padres, hijos legítimos y criados (siervos y esclavos) sumisos ante el patriarcado quien dirigía con criterio hegemónico” (p.130).

2.2.1.5 La familia en la república

En la época republicana, la familia se caracterizó por el principio de sumisión de la mujer al marido y de los hijos a los padres. En esta época la familia se organizó sobre la base del matrimonio monogámico y disoluble, y replicaba nuevamente como en la colonia la subordinación -aunque atenuada- de la mujer al marido, y el mantenimiento de status diferentes para los hijos según fueran legítimos o ilegítimos (Cornejo, 1988).

2.2.1.6 La familia actualmente en el Perú

La familia actualmente está conformada de manera muy distinta a las anteriores épocas, según Varsi (2011) la familia no es solo matrimonial, los vínculos de la familia han trascendido lo biológico y afín, para afincarse en la socio - afectividad. Es decir, las distintas formas de conformar la familia, no solo encuentran sustento en el matrimonio o en el parentesco, sino, fundamentalmente, en las personas unidas por vínculos afectivos. Esto a raíz de la transculturización y los procesos migratorios.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento legal peruano, la única familia que se reconoce es la matrimonial, caracterizada por el aspecto monogámico, además que su formalización se materializa con el matrimonio que es celebrado ante un funcionario autorizado, es decir alcalde que representa a la comunidad y a la ley. Tal matrimonio genera efectos jurídicos tanto personales como patrimoniales regulados por el Código Civil de 1984, el cual es el que rige en nuestros días. La familia actual es influenciada por el derecho canónico y derecho romano (Ramírez, 2021).

De modo que, la familia en la doctrina peruana se ve relacionada con el matrimonio, y muchas veces se confunde estas dos figuras. No obstante, que el matrimonio puede estar fenecido o acabado para los cónyuges, sin embargo, la familia perdurará en sus distintas

formas de composición, necesitando una tutela urgente frente a las situaciones dañosas desplegadas por uno o ambos de los cónyuges, que afecten derechos fundamentales de los integrantes del grupo familiar, daños que se generen en el camino a la disolución del vínculo matrimonial.

2.2.2. Evolución de la institución matrimonial

Resulta importante revisar algunas miradas históricas acerca de esta institución, a fin de entender cómo es que la evolución del pensamiento del hombre ha variado también la concepción que se tiene sobre el mismo.

2.2.2.1. En el derecho romano

El matrimonio, en el derecho romano es considerada como un instituto civil y pone de manifiesto en las distintas formas en que el marido adquiere la manus: la confarreatio, exclusivamente de los patricios, para cuya validez solo es exigible a libre expresión del consentimiento y cuyas formalidades religiosas no forman el matrimonio. El matrimonio se caracterizó como un acto privado, no oficial y disoluble por divorcio o repudio (Cornejo, 1988).

En la época romana, la decisión del matrimonio se realizaba, mediante la compra de mujeres o mediante el convenio entre las distintas tribus; posteriormente se realizará por medio de la concertación entre familias, de tal forma se mantendrá el linaje (Varsi, 2019). Así los romanos como en el imperio incaico, no dejaron de lado la endogamia, practicándose así el matrimonio entre primos, o tío y sobrina.

El fundamento de la familia va a ser el matrimonio, cuando la sociedad estaba constituida por la clase aristocrática, se estaba frente al caso del patricio, donde el

matrimonio, va hacer el religioso, denominado conferratio. En el caso de los plebeyos se tenía la coempti, que ere el matrimonio de la plebe; finalmente se tiene la usus que se caracterizaba por la adquisición de la mujer por la posesión, una especie de usucapión (Varsi, 2011).

2.2.2.2. En el derecho medieval

En esta época, la iglesia tomó la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, hecho que se evidencio en los concilios de Letrán (siglo XIII) y de Trento (siglo XVI), emprendiéndose la idea de dignificar al matrimonio. El cristianismo le dio el carácter sacramental e indisoluble del matrimonio, además que lo consideró como un contrato. Se estableció como requisito para la celebración, el consentimiento de los contrayentes ante la iglesia. Queda claro entonces, que el derecho canónico modifico sustancialmente el matrimonio, considerándolo como un contrato que exige para su perfeccionamiento el consentimiento matrimonial (Varsi, 2011).

La concepción esencial del derecho canónico, consiste “en considerar al matrimonio como contrato y al mismo tiempo como sacramento, calidades ambas que se condicionan recíprocamente: si no hay contrato válido, no hay sacramento; y si no hay sacramento no hay contrato valido” (Cornejo, 1988, p. 63).

2.2.2.3. En el incanato

En el imperio incaico, más allá de la importancia que tenía la mujer para la familia, la sociedad era patriarcal. En esta época primo la endogamia, en donde el matrimonio se realizaba entre personas que tenían descendencia en común, con el objetivo de mantener el linaje, de que la administración del imperio recaiga en la raza suprema. Hay que resaltar,

que la poligamia y el incesto era considerados ilícitos para el pueblo, sin embargo, para el inca eran obligatorios (Varsi, 2011).

Como ya se hizo referencia, la poligamia solo estaba permitida para el inca, sin embargo, había excepciones, las que se configuraban, cuando el inca entregaba mujeres a los caciques, militares destacados o a otra persona que le parecía bien premiar. El hecho de poseer más de una esposa significaba de alto nivel social y/o político (Varsi, 2011).

2.2.2.4. En la edad moderna

En promedio se habla del siglo XVI y XVII, donde el matrimonio readquirida por la autoridad civil, como consecuencia del protestantismo, puesto que los reformadores rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio. Posteriormente, la Revolución Francesa, el Código de Napoleón organiza al matrimonio como competencia netamente de la autoridad civil, influyendo sobre casi toda legislación del mundo (Cornejo, 1988).

En adelante las legislaciones, adoptan una de tres posiciones principales: puramente confesional, donde el Estado se atribuye el derecho de regular el matrimonio, pero cuyas normas conservan una coloración confesional o admiten como aplicación supletoria el derecho confesional en caso de insuficiencia de regulación estatal; y la a-confesional, que omite las normas religiosas, aunque en mayor o menor extensión coincida con ellas (Cornejo, 20119).

2.2.2.5. En codificación civil peruano

En lo que concierne al Perú, en el Código Civil de 1852 no estableció otro matrimonio con efectos legales que el celebrado conforme a las disposiciones del Concilio de Trento, es decir el matrimonio canónico, además para que surta efectos la celebración del matrimonio, preceptuaba en los artículos 441 y 443 del referido Código Civil, su inscripción en el

Registro de Estado Civil. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha admitió la validez del matrimonio, estando solamente inscrito en el registro parroquial. Aquello se justificaba por el hecho de que gran parte de la población peruana profesaba la religión católica.

Por su parte, el Código Civil de 1936, que entro en vigencia el 14 de noviembre de ese mismo año, el matrimonio fue considerado monogámico y disoluble, además que se caracterizó por la subordinación de la mujer al marido, y el status diferenciado para los hijos según fueran legítimos o ilegítimos. Este Código mantuvo el precepto de que solo el matrimonio civil produce efectos legales.

En tanto el Código Civil de 1984 adopta solo el sistema civil.

2.2.3. Tratamiento histórico del divorcio

En la historia del derecho, en los tiempos de la época romana, el rey Rómulo dicto la ley dura para normar el divorcio que permitía al marido repudiar a su mujer, que era como dar carta de divorcio, pero era un derecho reconocido solamente a los hombres. El divorcio siempre ha sido visto con cierta ojeriza o animadversión, cuyo, y cuya época de rechazo se fortaleció aún más durante la Edad Media cuando el matrimonio llegó a ser instituido como uno de los siete sacramentos reconocidos por la Iglesia Católica (Ramos, 1990).

En un principio, el divorcio era recurrido solo por el varón a causa de la infidelidad de su mujer, dando la posibilidad al marido de sancionar, con el repudio, el acto indigno de su cónyuge: en la decodificación del mensaje escatológico de la Biblia, los exégetas de las Sagradas Escrituras sostienen que aquello desagradable para el marido no era otra cosa que la indecencia, infidelidad e inmoralidad de la mujer, lo cual podía ser puesto en evidencia a través de la fornicación prematrimonial, descubierta por el cónyuge luego de contraer

nupcias, y del adulterio, siendo tales causas a la razón, las únicas que daban lugar a la entrega de la carta de repudio o de divorcio en contra de la esposa (Ramos, 1990).

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

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

Vale decir, que la imposición de causales para el divorcio, tenían su razón de ser en la permanencia y protección del matrimonio, la rigidez de ellas estuvo pensada en la indisolubilidad de la unión conyugal, o en su defecto, la disolución en casos sumamente extremos.

Posteriormente, a través de la Ley del 8 de mayo de 1816, los más apegados, a ultranza, a la idea eclesiástica, consignaron la prohibición de la disolución matrimonial por medio del divorcio, lo cual perduró así hasta 1884 cuando otra legislación produjo el restablecimiento de tal vía de derecho para poner fin al conflicto conyugal. A partir de ello, puede entenderse al divorcio, como vía del derecho usada para desunir a la pareja casada

halla su primera aproximación conceptual de origen etimológico en el vocablo latino *divortium*, cuya traducción, en buen romance, evoca separación, división, ruptura o disolución (Cornejo, 1988).

El profesor Cornejo (1988), refiere en cortas palabras: “El divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y de que pueden, en consecuencia, contraer otro” (p. 323).

El profesor Plácido (2001) hace referencia al divorcio de la siguiente manera:

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

Sin embargo, consideramos que el Dr. Plácido, conceptúa al divorcio desde una tendencia más alineada a las causales inculpatorias, por ello, nos atrevemos a esbozar un concepto menos restrictivo: El divorcio es una institución jurídica que disuelve el vínculo matrimonial (Código Civil, art. 348), pone fin a los derechos y deberes personales y patrimoniales entre cónyuges -excepto por indigencia o discapacidad- subsistiendo solo los relativos a los hijos, y según el caso, la obligación compensatoria hacia el ex consorte, además de recobrar, la aptitud nupcial.

2.2.3.1. Divorcio en el Código Civil de 1852

El Código Civil de 1852 no contemplaba el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos: “Artículo 191: Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”.

Era el artículo 192 el que estipulaba taxativamente las trece causales por las cuales podía obtenerse este divorcio- separación, a saber: 1. El adulterio de la mujer. 2. El concubinato, o la incontinencia pública del marido. 3. La sevicia o trato cruel. 4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro. 5. El odio capital de uno de ellos, manifestando por frecuentes riñas graves o por graves injurias repetidas. 6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad. 7. Negar el marido los alimentos de la mujer. 8. Negarse la mujer, sin graves y justas causas, a seguir a su marido. 9. Abandonar la casa común o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales. 10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años. 11. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación. 12. Una enfermedad crónica o contagiosa. 13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

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

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

Es en el siglo XX, en 1930 y mediante el Decreto Ley N° 6889 del 04 de octubre y Decreto Ley N° 6890 del 8 de octubre de ese año, respectivamente; se establece el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la nuestra nación, se introdujo además el divorcio absoluto, lo que significó para entonces la asunción de una alternativa legal de “avanzada”, que generó en su momento más de una discusión (Chiabra, 2013).

2.2.3.2. Divorcio en el Código Civil de 1936

El 22 de mayo de 1934, se promulgó la Ley N° 7894, por la cual el mutuo disenso fue comprendido como una causal más de divorcio; la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el proyecto de lo que sería el Código Civil de 1936.

Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio vincular; todo lo contrario, sustentaron una tesis negadora de él. Sin embargo, en junio de 1936 el Congreso Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las Leyes 7.893 y 7.894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931 (Chiabra, 2013).

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

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

2.2.3.3. Divorcio en el Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984 estableció originalmente en relación con su aspecto litigioso, en el artículo 333 del Código Civil, inicialmente estipuló diez causales de divorcio las mismas que posteriormente aumentaron, siendo actualmente un número de trece, acogiendo como en la mayoría de legislaciones, un sistema mixto de divorcio sanción y divorcio remedio (Chiabra, 2013).

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

Así, conviene recordar que en un primer momento fue la tendencia del divorcio-sanción, la que históricamente alcanzó mayor reconocimiento en gran parte de las legislaciones de Europa Occidental⁸ y en particular en los códigos civiles de Latinoamérica. Recientemente desde fines del siglo XX, es cuando se viene aceptando y reglamentando, en varios sistemas jurídicos, una nueva tendencia conocida con la denominación de divorcio remedio (Alfaro, 2011, p.18).

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

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

El divorcio por causal, a decir del profesor Plácido (2008), se clasifica en dos sistemas: subjetivo, o de culpa de un cónyuge; y, objetivo, basado en la ruptura de la vida

matrimonial, constatada a través del mutuo acuerdo de los propios cónyuges o del cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo (p.16).

Lo que parecía ser solamente una discusión doctrinaria, en realidad importa mucho el que una causal contenga factores de atribución subjetiva, o que tenga requisitos objetivos, que impliquen la abstención del análisis judicial respecto a factores de culpa, remitiendo el examen a elementos temporales, rompimiento de convivencia, y decisión de no retomar la relación.

La importancia de identificar las diferencias entre uno y otro modelo, radica en que el cónyuge culpable será susceptible de perder los gananciales provenientes de los bienes del otro, quedar restringido del goce de sus derechos personales respecto a sus hijos (suspensión de la patria potestad), y desde el aspecto procesal, carecer de legitimidad para obrar activa (no demandar en hecho propio), ser condenado al pago de costas y costas procesales, entre otras.

No obstante, la diferencia de tendencias, el divorcio en general, obedece a un criterio teleológico o finalista que lo podemos vislumbrar en el pensamiento arraigado de indisolubilidad del matrimonio, o protección rígida del mismo, pues si bien, se abre la posibilidad de divorcio para los cónyuges, el trámite engorroso, cumplimiento de plazos irrazonables, ausencia de celeridad procesal, exposición de la intimidad personal y familiar y sumado a ello, el daño ex post hacia cada uno de sus integrantes; hace desalentador el poder acudir o continuar con él, y ello se traduce, muchas veces, en mantener vigente un vínculo jurídico carente de contenido, distando en demasía del plano fáctico, pues ya existe ruptura de la unión convivencial.

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

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

2.3. Teorías del divorcio

2.3.1. Divorcio como sanción

El denominado divorcio sanción, se busca un culpable para luego imponerle una castigo, en efecto la concepción del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquel se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges, que se traduce en la frustración de la finalidad del matrimonio, por lo que el otro cónyuge cuenta con el interés legítimo para accionar la demanda de divorcio; si no le fuera dable imputarle alguno de los incumplimientos aludidos que la ley denomina como “causales” faltaría el sustento mismo de la acción (Varsi, 2011).

Por otra parte, se ha sostenido además sobre el llamado divorcio sanción lo siguiente, la doctrina del divorcio-sanción atraviesa en la actualidad por serios apuros. Los conceptos de “culpable” e “inocente”, son a todas luces insuficientes para comprender las crisis de las parejas desavenidas. No logra la aplicación de estas categorías tradicionales otra cosa que agudizar los conflictos sin resolverlos, pues instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que se sacaran a relucir las miserias del otro, o, terminaran inventándolas para conseguir el divorcio. Este problema se agrava con la forma adversarial y litigiosa como está diseñado el proceso civil, en cuya atmósfera los interesados representan nada más que partes contendientes (Gómez, 2015).

La forma de entender al divorcio - sanción explica el profesor Aguilar (2019) ante el fracaso matrimonial se busca al responsable de este fracaso, quien es sancionado por la ley. Es decir, ante comportamientos lesivos, que en muchos casos no solo afecta al cónyuge inocente, sino además están involucrados los hijos, pues se habla de comportamientos que van contra todos los fines de la familia matrimonial, esta clase de divorcio tiene por objeto identificar al causante de tales incumplimientos de los deberes matrimoniales, como la fidelidad, respeto mutuo, asistencia, cohabitación. Lo peor de estas inconductas, originará que el matrimonio como comunidad de vida pierda sentido, consecuentemente el matrimonio solo se convertirá en un documento que simplemente une a dos personas, pero que en la realidad ya no existe esa unión. Ante esa situación nuestro ordenamiento peruano ha dado una salida que es el divorcio.

Hay parte de la doctrina que critica esta corriente, argumentando que esta clase de divorcio tiene consecuencias muy negativas, puesto que genera confrontación entre los consortes, ya que se entiende que la ruptura matrimonial se da solo por causales taxativamente señaladas en la ley, en el que se presupone la comisión por parte de uno o

ambos cónyuges de actos culpables, cuya atribución deviene en incompatible con la continuación de la vida en común, en pocas palabras, se puede señalar que generan transgresión de deberes y obligaciones. Esta teoría, le interesa la causa del conflicto e identificar al culpable para luego ser sancionado con medidas de orden personal y económico, como son la pérdida de la patria potestad, pérdida del derecho hereditario, pérdida del derecho alimentario, pérdida del derecho de gananciales, etc. Así pues, el proceso de divorcio por causal, girará en base a presentar pruebas para demostrar la culpabilidad del cónyuge demandado por una causal específica (Aguilar, 2018).

2.3.2. Divorcio como remedio

La aludida teoría del divorcio remedio, busca la posibilidad de ponerle fin al matrimonio de manera menos gravosa para los cónyuges y su entorno familiar, pues es visto como una salida de un conflicto conyugal, es decir frente al fracaso matrimonial, dando solución a una situación conflictiva, lo rescatable, del divorcio remedio es que busca dar una explicación del porqué del decaimiento del vínculo matrimonial, sino importa la ruptura entre los casados. Es decir, es un divorcio objetivo por cuanto no busca juzgar las causas del fracaso matrimonial (Gómez, 2015). De modo que este tipo de divorcio se origina cuando la convivencia se torna intolerable, sin culpa de las partes, buscando dar una solución efectiva a la crisis conyugal.

La teoría del divorcio - remedio tiende a la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos. No obstante, el vínculo matrimonial está quebrado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables, la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto

matrimonial (y no una sanción) tendente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos (Aguilar, 2018). Así, el divorcio remedio no indaga el fracaso del matrimonio, ni a quien es imputable tal o cual, hecho, lo que sí importa es que se ha generado una ruptura conyugal, la cual se pone de manifiesto ante la imposibilidad de desarrollar las funciones que envuelven al matrimonio.

Por otro lado, el divorcio remedio, es de resaltar que no existe sanción o castigo para alguno de los cónyuges, en tanto no se pretende determinar quién es el causante de que el matrimonio entre en crisis, por el contrario, se trata de dar solución a esa crisis es decir con el mecanismo llamado divorcio (Aguilar, 2018).

2.4. Teoría de la naturaleza de la familia

La familia actual se caracteriza por su naturaleza plural, variación de su estructura, la temporalidad de las uniones y singularidad de los roles que desempeñan sus miembros en tanto padres, madres, hijos u otros parientes. Hoy en día la familia se muestra diferente, variable, compleja, pero especialmente singular; cualidades que se expresan en sus contenidos, delimitaciones, normas, moral y posibilidades.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la familia existe un gran debate en la doctrina, por lo que se presenta a continuación las siguientes consideraciones respecto sobre su naturaleza:

2.4.1. Familia como persona jurídica

Por una parte, una corriente doctrinaria considerada a la familia como persona jurídica, por cuanto: “es la integración de personas de personas que tienen un fin, una estructura orgánica, bienes propios, así como derechos y obligaciones que la caracterizan. Además,

para su constitución y existencia, debe cumplirse con ciertos requisitos” (Varsi, 2011, p. 46).

2.4.2. Familia como organismo público

Acto seguido, la familia es considerada como organismo público, esta teoría asemeja a la familia con el Estado, señalando el profesor Varsi (2011) “cada integrante de la tienen responsabilidades y están subordinados a una autoridad, el jefe de familia que, al igual que el Presidente de la República, marca un rumbo de sus integrantes” (p.47).

2.4.3. Familia como institución

Otra teoría importante considera a la familia como una institución social, señalando el profesor Varsi (2011) “la familia es una colectividad humana cuyas actividades se compenetran bajo reglas sociales de una autoridad que guía los intereses de sus integrantes” (p.47). En contrario a esta posición, consideran que la familia no puede ser considerada como institución, pues no es un término legal pudiendo decirse, sin temor, que la familia es una institución social – más que jurídica- que se expresa de una multiplicidad de formas a través de entidades familiares, entre ellas el matrimonio y la unión estable y, de una u otra, pero como consecuencia de la interacción de afectos.

2.4.4. Familia como sujeto de derecho.

Finalmente, la familia también es considerada, como sujeto de derecho, la familia tiene una categoría especial y goza de una capacidad jurídica con sus correspondientes derechos y obligaciones, diferentes, distintos de sus integrantes, considerándosele desde una

concepción económica, un patrimonio autónomo (Varsi, 2011, p. 47). La familia es una realidad viviente, es un sujeto de necesidades, de derechos y deberes.

Para efectos de presente investigación, se considera un aporte trascendental la teoría que considera a la familia como sujeto de derecho, por cuanto al gozar de derechos y deberes, estos deben ser garantizados por el Estado, para su pleno y efectivo ejercicio, previniendo acciones u omisiones tendientes a vulnerar distintos derechos que se le reconoce, entre los que se encuentra a vivir en armonía, gozar de un pleno desarrollo de sus integrantes, derecho al bienestar físico y psicológico de quienes conforman la familia, etc.

2.4.5. Principio de protección de la familia

La familia como célula básica de la sociedad y de la humanidad necesita de protección sin importar la forma de cómo está conformada. Este principio vela por el respeto, seguridad y todo en cuanto le favorece a la familia a modo de seguridad sin importar su origen, condición, ni calidad de sus integrantes.

La noción de familia se ha relacionado generalmente al matrimonio, pero la realidad nos demuestra que son cada vez numerosas las familias que no tienen como base el casamiento. A través de este principio se promueve el respeto, igualdad e integridad de las familias en su diversa tipología y se lleva a cabo con base en el reconocimiento de sus funciones (Varsi, 2011).

2.5. Teoría de la naturaleza jurídica del matrimonio

Históricamente, el matrimonio ha recibido varias concesiones con interés jurídico, lo que ha afectado a su naturaleza y ha dado inicio a diversas propuestas acerca de la misma;

así, se tiene que “la suprema sublimación de la institución matrimonial se produce en occidente en el siglo XVI, cuando el Concilio de Trento establece la categoría sacramental del matrimonio” (Dansey, 1980, p. 96).

Existe varias apreciaciones de la naturaleza del matrimonio, ya desde el campo netamente jurídico, hay quienes los presentan como sacramento, como una institución jurídica, como un acto jurídico, como un contrato ordinario o como un contrato por adhesión.

2.6. Teoría sacramental

Vale decir que, antes de discutirse si se trata de una relación jurídica o un acto jurídico o un contrato, el matrimonio tenía la naturaleza de sacramento, lo que tenía implicancias jurídicas porque en el siglo referido, muchas de las figuras religiosas guardaban efectos jurídicos, es decir que, la religión y el derecho estuvieron confundidos en las regulaciones jurídicas. Esta puede ser la explicación de la coacción que existía en las personas para contraerlo o la equiparación entre matrimonio y familia, que no significaba una coacción jurídica, sino moral o religiosa, dado que todos estos elementos se han encontrado confundidos en varias épocas y, siguen teniendo gran influencia en la actualidad en que la mayoría de Estados se dicen laicos.

Para el derecho Canónico, según el profesor Venosa (2008) “el matrimonio es un sacramento y también es un contrato natural debido a la naturaleza humana. Los derechos y obligaciones derivados se fijan en la naturaleza y no pueden cambiarse por las partes o por la autoridad, al ser perpetuo e indisoluble” (p.25). La concepción sacramental, proviene del cristianismo, a partir de la edad media, cuando se consolida la hegemonía de la iglesia católica, que incluye dentro de sus principios básicos o sacramentos al matrimonio, por lo

que adquiere el carácter de indisoluble que solo se acaba con la muerte de uno de los cónyuges (Ramírez 2018, p.64).

EL matrimonio religioso fue recepcionado por los Códigos Civiles, especialmente del siglo pasado, entre ellos el Código Civil Peruano de 1852 que lo señaló como matrimonio único, celebrado de acuerdo a las formalidades del Concilio de Trento, con efectos no solo religioso sino también con efectos civiles. Esto se evidencia en su doble inscripción en el registro parroquial como en los registros de Estado Civil. La calidad de sacramento, ha ido dejando de tener importancia para el Derecho, aunque esto todavía es relativo desde un plano de razones para la dación de la norma (unión entre hombre y mujer), así como desde una perspectiva práctica en un sector de la población; no obstante, a nivel de figura o institución regulada en la normatividad, es preciso tener clara su naturaleza.

2.7. Teoría contractualista

Esta teoría proviene del derecho clásico, de Roma, por cuanto el matrimonio se celebra en la misma forma que los contratos y genera efectos semejantes a ellos, por lo que, la mayor importancia que se le puede reconocer, en esencia el matrimonio no es otra cosa que un contrato. En efecto, los contrayentes tienen que cumplir con los requisitos formales que se requiere para la celebración válida de cualquier contrato. De modo que, ante la ausencia de los requisitos exigidos o presencia de vicios, tendrá lugar el caso de anulabilidad como de nulidad. El matrimonio genera obligaciones, como las que contraen recíprocamente los cónyuges, cuyo incumplimiento, puede dar lugar a la disolución del matrimonio en forma semejante a la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de las obligaciones contraídas, que en el derecho de familia se denomina divorcio (Ramírez, 2018, pp. 64-65).

Los seguidores más radicales de esta teoría contractualista son, según el profesor Núñez (2001), Pothier, Demolombe, Colin, Capitán, Josserand, Beviláqua y Pontes, en tanto en nuestro medio por Vidaurre en el Proyecto de Código Civil, lo identificó como un contrato natural y civil” (p. 289).

Esta teoría sustenta, que el matrimonio es un contrato, una relación jurídica que prima la voluntad de las partes, por cuanto tienen la libertad para decidir el aspecto económico, objetivos y fines del matrimonio. Además, se señala que es un contrato por adhesión, en palabra doctrinario Varsi (2011) el matrimonio es un contrato por adhesión dado que sus efectos están predeterminados por ley, siendo imposible pactar en contra de ellos, dentro de esta teoría, la principal característica es el régimen patrimonial, dando facultad a los cónyuges decidir cómo administrar los bienes, acordar al régimen que se someterán.

Por otro lado, en la doctrina brasileña, un firme defensor de esta teoría es el jurista Pereira (2007) que señala “que el matrimonio es un contrato especial, dotado de consecuencias peculiares, más extenso y más profundo que los contratos con efectos puramente económicos, o debido a las relaciones especiales que ha creado” (p.51). En la legislación comparada, como los Códigos Civiles de Chile, Ecuador, Colombia, Nicaragua, Filipinas, son partidarios de la teoría contractualista del matrimonio. Por otro lado, “en Europa, se evidencia la trascendental consideración de esta teoría en el sistema jurídico portugués, por cuanto en su artículo 1577 de su Código, establece que el matrimonio es el contrato entre dos personas que desean formar familias a través de la plena comunión de vida (Varsi, 2011, p. 44).

El matrimonio como contrato ordinario, busca especificidad en la denominación del acto jurídico del matrimonio y lo considera contrato debido a que debe cumplir con los

elementos esenciales y de validez aplicables a todo acto jurídico contractual como la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad, licitud en el objeto y la finalidad del acto. Se trata de una derivación del matrimonio como acto jurídico que especifica sus límites en las prescripciones reservadas para los contratos; pero deja de lado las características sustantivas del matrimonio que sobrepasan al solo contrato. Una posición más específica es aquella que lo establece como un contrato por adhesión, debido a que los consortes no pueden sobrepasar las permisiones que legalmente tienen.

Una apreciación contemporánea enfrenta las ideas del acto jurídico y la relación jurídica, en el caso del matrimonio como acto jurídico, se refiere que “su existencia, reconocimiento y efectos están sujetos al cumplimiento, por parte de los contrayentes, a los requisitos y formalidades que para su celebración se establecen en la ley respectiva” (Pérez, 2010, p. 30).

La mirada del acto jurídico, entonces, centra su atención en su celebración, que debe cumplir con todos los requisitos y formalidades establecidos en la ley como condición de validez del acto; es decir, el matrimonio es una figura jurídica que depende de la formalidad establecida por la ley para ser celebrado y, en tanto acto jurídico, ha de cumplir con los presupuestos generales que todo acto jurídico debe contener, manifestación de voluntad, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

La doctrina de la relación jurídica le presta atención a la formalidad establecida por la ley y a los demás elementos del acto jurídico, pero principalmente observa la finalidad del mismo, puesto que considera que la manifestación de voluntades que se presenta en el matrimonio “tiene como resultado la creación de una relación jurídica o vínculo

matrimonial sancionada por el Estado” (Pérez, 2010, p. 30), lo que hace de ese acto jurídico uno sui generis puesto que no involucra únicamente a sus celebrantes, sino, constantemente al Estado.

2.8. Teoría institucionalista

La teoría institucionalista considera al matrimonio como una institución trascendental que concierne a la subsistencia y felicidad, del hombre en la tierra, en palabras del jurista Méndez & D` Antonio (2001) explican que “es una forma social de realización de la persona en la que se conjugan una variedad de intereses. La persona contrae matrimonio para compartir su vida, crecer, desarrollarse, lograr sus fines e ideales, realizar su proyecto de vida, su personalización integral” (p.92).

Esta teoría se contrapone a la tesis contractualista, considerando al matrimonio como una institución natural, propia del ser humano. En otras palabras, considera al matrimonio más que un contrato, porque tiene efectos personales que van más allá del simple efecto patrimonial (Varsi, 2011).

Según el profesor Borda (2008), el matrimonio propone fundar una familia, formar una comunidad plena de vida, un elemento vital de la sociedad, a lo que puntualiza que, nadie se casa con la intención de adquirir derechos, sino solo por afecto. Entonces, el matrimonio no viene hacer un acto de especulación, de cálculo, sino de entrega. En relación con a la misma teoría, el jurista Díez-Picazo (1986), considera al matrimonio como “una institución básica de la vida social, pero además es una institución de derecho privado reglada por la ley que tiene un contenido público” (p.47).

Siguiendo este concepto se considera que el matrimonio a pesar de su institucionalidad es un acto de poder estatal, envuelto de un protocolo jurídico que garantiza sus relaciones.

Además, requiere de solemnidad, por cuanto en su celebración interviene un funcionario, siendo su función recibir el consentimiento de los contrayentes. Pues esta es una característica esencial, que connota la formalidad de la institución social que legitima al matrimonio (Varsi, 2011).

En la legislación comparada como es el caso del sistema jurídico mexicano, califica al matrimonio en los siguientes términos: es una institución social y permanente por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y de una sola mujer que, con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable; además que es un acto solemne e institucional; asimismo, el Estado protegerá la institución del matrimonio por ser el fundamento de la familia y la conservación de la especie (Varsi, 2011).

Finalmente, para dejar claro la teoría institucionalista, según Ramírez (2018) señala:

Como consecuencia de la celebración del matrimonio se constituye la sociedad conyugal que no es otra cosa que la familia, que no es una situación transitoria y fugaz, que se extingue con el cumplimiento de las obligaciones que asumieron las partes, como ocurre con la mayoría de los contratos, sino un estado permanente. El matrimonio no puede equipararse a un contrato, sino que es elevado a la categoría de una institución social y jurídica, que, por tratarse de familia, el Estado protege y regula de manera especial mediante un conjunto orgánico e indivisible de normas, que determinan los requisitos que deben reunir los que quieran celebrarlo y, sobre todo, el régimen legal al que tienen que someterse durante el desenvolvimiento o la vigencia de la sociedad conyugal (p.65).

2.9. Teoría ecléctica

Esta teoría sostiene que el matrimonio es un acto complejo, por cuanto lo considera como un contrato y una institución, a decir de Varsi (2011), “el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución, se trata de un instituto de naturaleza híbrida, contrato en su formación e institución en su contenido. En su nacimiento y conformación se encuentra la diferencia” (p.45).

Según esta teoría, el matrimonio tiene elementos que comparte con el contrato (manifestación de voluntad, efectos patrimoniales, formalidades), pero no se agota en el contenido contractual, sino que tiene un contenido fundamentalmente social que lo presenta como una institución. En cuanto en la legislación comparada tenemos el caso del Código Civil de Puerto Rico, donde considera que el matrimonio es una institución civil y, que es consecuencia de un contrato civil.

Ello lleva a una doctrina mixta que observa no solamente la celebración del acto en cumplimiento de las formas establecidas para esto, sino, además, a la relación que se origina con posterioridad y que es de incumbencia tanto de los contrayentes como del Estado “por el reconocimiento que da al acto jurídico del matrimonio a través de la resolución o acta de la autoridad administrativa competente” (Pérez, 2010, p. 30).

Para Ramírez (2018), el matrimonio como acto jurídico se forma y desarrolla con todos los requisitos formales establecidos para los contratos, desde la manifestación de voluntad, libre de vicios, hasta el punto final de surtir efectos, generando así obligaciones. En cambio, el matrimonio como estado, se refiere a la perpetuidad que le da como consecuencia de su celebración como acto jurídico, que se evidencia con la constitución de la familia. En

nuestro sistema jurídico peruano, es decir en el Código Civil, rige la teoría mixta o social – ecléctico - del matrimonio.

2.9.1. La seguridad jurídica que provee el matrimonio

Es necesario tratar brevemente el concepto de seguridad jurídica como principio general del derecho; habida cuenta que ésta alcanza tanto a derechos con rango fundamental como a derechos de carácter meramente legal, lo que amplía la perspectiva centralista del derecho al matrimonio en relación al derecho a la familia y obliga a reorganizar la estructura hasta ahora admitida.

En primer término, cabe resaltar que el principio de seguridad jurídica fue ideado como una respuesta a las iniquidades que se presentaron en la época del estado absolutista que caminaba de la mano con el gobierno monárquico previo a las revoluciones decimonónicas, mismas que buscaron limitar el poder en pro de las libertades personales (Sánchez, 1987), como ha sido ya mencionado anteriormente.

Esta seguridad jurídica requerida en la novísima idea de república de la Europa continental, o de la idea de monarquía democrática en la Europa insular, que renegaba el régimen absoluto y procuraba certeza en la aplicación del Derecho, tuvo como principal medio para asegurar tal certeza a la ley, es por ello que se hablaba del imperio de la ley (Pereira, 2011), bajo la comprensión de que la labor legislativa, por efecto de la democracia, era la que expresaba la voluntad del pueblo y no la de un monarca absolutista, motivo por el cual el juez era entendido únicamente como la boca de la ley.

No obstante, esta mirada clásica de la seguridad jurídica ha sufrido modificaciones con la asunción del Estado Constitucional de Derecho en el que, además de las leyes o reglas se ha erigido a los principios y derechos fundamentales como conformadores del

ordenamiento jurídico, en el que la Constitución inspira de manera horizontal a toda creación normativa, sea que su titular sea el legislativo, el ejecutivo, la jurisdicción o cualquier ente descentralizado con capacidad para ello.

En el tenor del Estado Constitucional de Derecho, entonces, la seguridad jurídica es comprendida como “presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los fundamentan el entero orden constitucional; y función del Derecho que asegura la realización de las libertades” (Pérez, 2000, p. 28); así, cada actuación relativa al derecho, legislación, interpretación, etc., tiene como presupuesto para su configuración a la seguridad jurídica, lo mismo que a la idea de persona, a la dignidad y a la libertad; así es como se cumple la función de tutela de las libertades, pues una actuación jurídica carente de certeza o incapaz de proveerla a los operadores jurídicos, no puede ser entendida como Derecho.

Es por ello que la seguridad jurídica dentro de su contenido cuenta con una dimensión objetiva compuesta por la “corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación)”, así como con una dimensión subjetiva “encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva” (Pérez, 2000, p. 28).

Tómese en cuenta que la corrección estructural en la formulación de normas jurídicas no involucra únicamente a las normas legislativas, sino, principalmente a las normas constitucionales, los principios, luego a las reglas entendidas como normas legales,

reglamentarias, resolutivas, contractuales; todas las que el Estado Constitucional de Derecho permite; esto significa una obligación para el constituyente, el legislador, el ejecutivo, la judicatura y los particulares, al momento de emitir las normas que les están facultadas.

Lo mismo ocurre respecto de la corrección funcional, que se orienta ya no a la creación de normas, sino a su aplicación, a su cumplimiento, a su interpretación dentro del ámbito jurisdiccional, pero también dentro de la ejecución de actos administrativos, dentro de la actuación misma de los ciudadanos en sus labores diarias, así como, de manera dialéctica, para la propia creación de nuevas normas; todas estas actividades que deben realizarse en cumplimiento de la Constitución y todas las demás normas que derivan de esta.

En la doctrina nacional, se ha determinado el contenido, alcances y naturaleza del mencionado principio, presentándolo como una garantía propia del derecho como constructo, es decir, el mecanismo que asegura la eficacia del propio derecho, independientemente de su forma de expresión, norma, valor, hecho; en ese sentido se tiene que:

La seguridad jurídica consiste, en esencia, en que el Derecho será cumplido y, por consiguiente, que las conductas de las personas, pero principalmente del Estado, según sus órganos y organismos, serán predecibles. Lo esencial de la seguridad jurídica es poder predecir la conducta de las personas y del poder a partir de lo que manda el Derecho. Puede ser que las personas discrepen con esas conductas, pero cuando tienen seguridad jurídica saben cuáles son las que predetermina el Derecho. Esto permite organizar la propia vida y sus situaciones de manera jurídicamente correcta (Rubio, 2006, p. 79).

Según este autor, la seguridad jurídica permite que una persona espere que otra u otras realicen conductas conforme a derecho, es decir, sus conductas se encuentren enmarcadas dentro de las normas; con lo cual, permite predecir las actuaciones de los sujetos, brindando así, confianza y seguridad respecto de las relaciones jurídicas que se lleven a cabo dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico, logrando otorgar certidumbre jurídica por parte del Estado.

Al revisar las relaciones generadas de la definición dada de la seguridad jurídica, es posible extraer una bifurcación del principio, el primero visto desde la relación entre individuos o personas que importa certeza acerca de contenido protegido de un derecho y los alcances del mismo, tanto de manera activa como pasiva, es decir, que existe certeza respecto de lo que una persona puede ejercer y hasta donde puede hacerlo de manera que no lesione el derecho de otra; la segunda relación gestada es la de individuo y Estado, pues parte de esa certeza es la protección que éste debe brindar a los derechos de los ciudadanos y el reconocimiento formal que hace de los mismos.

En este sentido, la perspectiva subjetiva del derecho a la seguridad jurídica se halla justificada en la eficacia que este tiene para proteger la esfera misma del individuo a través del aseguramiento de la concreción del derecho invocado, es decir, la seguridad jurídica es un principio condicionante de la aplicación correcta del derecho; este concepto servirá a la investigación puesto que permite analizar el ámbito de la regulación del divorcio encausado y la afectación que puede causar a la seguridad jurídica que lleva inmersa el concepto de matrimonio.

El segundo aspecto, el objetivo, está visto como una obligación del estado hacia el aseguramiento, ante la ley, de que los derechos sean efectivamente reconocidos, desde las

medidas legislativas y consecuentemente luego en las medidas administrativas; por tal motivo, este imperativo hacia el gobierno condiciona a que las medidas que sean tomadas a nivel normativo no lleven a cabo la afectación de la seguridad jurídica de los individuos, sean estos partícipes de la mayoría o de minorías.

2.10. Teoría de los derechos humanos

Cuando se habla de los Derechos Humanos, se suele observar únicamente su capacidad para ser considerados derechos subjetivos de las personas, lo cual es correcto; sin embargo, es necesario tener en cuenta también, y sobre todo, que se trata de “criterios de actuación ética y política” (Gil, Jover, & Reyero, 2001, p. 17) alcanzados por consenso entre los Estados y los organismos internacionales.

Al respecto, Gil, Jover y Reyero (2001) hacen un repaso por las miradas o planteamientos que se han tenido acerca de los derechos humanos, volviendo a la iusfilosofía, pero estableciendo sus críticas con argumentos que van más allá de la mera filosofía; en el caso de la postura naturalista de la preexistencia y universalidad, la base de su crítica se ubica en la:

Determinación de su contenido: ¿cómo podemos saber cuáles son esos derechos, si no son los que están recogidos en las leyes o las costumbres? Lo que llamamos derechos humanos naturales y universales ¿no son simplemente los criterios propios de nuestras sociedades occidentales? (Gil, Jover y Reyero, 2001, p. 18).

Vale decir, si se establece que los derechos humanos son universales e invariables, pre-existent al reconocimiento del Estado, existen con independencia de las leyes, se desprenden de la propia naturaleza del ser humano, entre otras aseveraciones relativas; cómo es que podremos fijar los contenidos de tales derechos, más aun, quién es el facultado

a fijar tales contenidos, quién cuenta con la autoridad para decir lo que debe considerarse o no un derecho humano; los propios ciudadanos, los representantes políticos, los entendidos en Derecho; la sociedad occidental, la sociedad europea, la norteamericana, o la sudamericana, etc.

Tales definiciones, entonces, resultan sumamente imprecisas y, por ello, peligrosas, puesto que pueden favorecer al aprovechamiento e imposición de valores privados o de grupos imperantes a la generalidad de los seres humanos, claro está que, esto no necesariamente es impedido con la regulación o la positivización de las normas, aunque tales actuaciones generan mayor certeza.

En cambio, en cuanto a los planteamientos del positivismo jurídico, respecto de que los Derechos Humanos “son aquello que se acuerda que lo son. No son derechos que se «reconocen» en el ser humano, sino que se le «otorgan»” (Gil, Jover y Reyero, 2001, p. 18); los autores se preguntan “¿qué justifica su reivindicación, como criterios de justicia, allí donde las leyes no los respetan? Si no hay algo anterior y superior a la propia ley, ¿por qué podemos decir que hay leyes injustas?” (p. 18); a ello, se puede contestar, que es precisamente tal convención, tal acuerdo entre los seres humanos los que posibilitan la reivindicación de los mismos, lo mismo que la consideración de si una ley es o no adecuada a estos.

Por consecuencia, su construcción depende de lo que una sociedad determinada considera como su contenido; no obstante, esto presenta nuevas interrogantes: ¿Cómo es que este acuerdo entre ciudadanos se alcanza? ¿Quién o quiénes están encargados de recogerlo y delimitarlo? ¿Son los legisladores, los miembros del tribunal constitucional, los jueces, los propios pobladores? ¿Cuál es el mecanismo que se utiliza para su construcción?

El asunto no es de feliz resolución, empero, existen explicaciones históricas que pueden ayudarnos a observar quienes intervienen en la construcción de los derechos humanos, los procedimientos o mecanismos que se han utilizado para definir su contenido; para tal efecto, habría que recordar que “la propia noción de derechos humanos, no es tanto una concepción identificada con una tradición cultural (...) sino en gran medida una ruptura con esa tradición.

Basta pensar en la esclavitud (De Lucas, 1998, p. 122) y otros ejemplos que involucran la ruptura con la tradición de cierta sociedad, como la segregación racial, la discriminación contra las mujeres, entre muchos otros ejemplos que se han presentado históricamente en distintos lugares del globo y han propiciado el reconocimiento de nuevos derechos, así como su protección.

El encargado de gestar la creación de determinado derecho humano, entonces, no es un individuo en particular, ni una agrupación determinada, ni siquiera un gobierno o una organización internacional específicos; sino, una variedad de participantes que han exigido, en base a circunstancias y necesidades coyunturales, la renuncia a una tradición determinada porque resulta lesiva de un valor en específico, valor que luego ha sido elevado a la categoría de Derecho Humano, no por antojo, sino porque se encuentra respaldado por las conquistas previas.

Ese momento de reclamo, de revolución, de exigencia de determinada porción de la sociedad, requiere y ha requerido del respaldo de los derechos ya existentes y de las organizaciones pertinentes, llámese Estados, Organizaciones Internacionales, o cualquier otro en la posibilidad de otorgar tal respaldo; la construcción de un derecho humano, entonces, no es homogénea, no ocurre siempre bajo los mismos presupuestos, pero en todos

los casos ha necesitado de los mismos componentes, uno o varios participantes reclamantes, un valor enarbolado y valores e instituciones de apoyo.

Ahora, ello no basta para asegurar que dichos derechos sean universales, pero, sí para justificar que tengan dicha pretensión; tampoco para señalar que son preexistentes, pero sí que expresan el sentir o la necesidad en un determinado momento y lugar; esto es lo que justifica que la “Declaración Universal de los Derechos Humanos goza de un gran prestigio en una gran parte del planeta, y muchos estados y gobiernos hacen constantes evocaciones a los mismos” (Unzurrunzaga, 2009).

2.10.1. La dignidad de la persona como referente para la interpretación de los derechos

Se considera a la Dignidad como un derecho referente inmiscuido en la materialización de cualquiera de los demás derechos del ordenamiento jurídico, es más, la incursión del derecho a la dignidad como componente de los demás derechos fundamentales, a nivel abstracto, es un elemento para considerar al ordenamiento jurídico como un sistema.

Para efectos de la presente investigación se estudia al derecho a la dignidad como componente abstracto del contenido de todos los derechos humanos y fundamentales, pues, en el caso concreto del divorcio encausado, únicamente puede ser entendido a partir del concepto de familia como derecho humano y fundamental si es que permite su ejercicio digno a todos y cada uno de los seres humanos que integran la sociedad, sin ninguna carga negativa de discriminación y en términos de generalidad.

Esta señalada posibilidad de la dignidad de servir como un derecho referente para los demás derechos fundamentales sustenta su ubicación preferente en el primer artículo del texto constitucional, el mismo que prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto

de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 1).

La relación establecida en el citado artículo es fundamental para la comprensión del contenido de los derechos fundamentales como expresiones de la propia naturaleza del ser humano, pues, éstos son vinculantes para la generalidad no por el hecho de su formalización en un texto normativo, sino por ellos mismos, porque su respeto hace posible la existencia del ser humano y este respeto y existencia no sería posible sin la mediación de la dignidad.

Así, el concepto de dignidad, actualmente, importa el reconocimiento de la existencia de derechos humanos o fundamentales que le son reconocidos a todos los seres humanos en igual medida, sin discriminaciones negativas, motivo por el cual todos los seres humanos tenemos la posibilidad de exigir el respeto de determinado derecho fundamental sin distinción, lo que asegura el respeto de nuestra dignidad, pues “la excelencia del hombre es de cada uno no por su pertenencia a una élite sino a la especie humana” (Frömm, 1997, p. 41).

Existe un punto de confluencia entre las definiciones de la dignidad humana, la idea de que su “concepto actual (...) consiste en ser definido como el fundamento o la justificación de los derechos humanos” (Pele, 2015, p. 18); es decir que, la dignidad humana es la condición de eficiencia de los derechos humanos, sin la que estos no podrían ser entendido como tal; bajo esta perspectiva, pareciera inmanente que este concepto es el faro moral del derecho o, tal vez, el puente entre el derecho y la moral, lo que apoyaría una tesis naturalista de los derechos humanos, sin embargo, ello volvería a llevarnos a la indeterminación del Derecho, concesión que no podemos otorgarnos.

Se ha señalado también que la dignidad humana consiste en la “carga moral retrospectiva de los derechos humanos” (Habermas, 2010, p. 6) lo que confirmaría la idea del puente entre el derecho y la moral; por otro lado, se ha establecido también que se trata del “derecho a tener derechos” (Arendt, 1977, p. 296) es decir, el origen del que parten los derechos humanos, o el “prius de la ética pública de la modernidad” (Peces, 2003, p. 12) representada por el Estado; empero, todas estas definiciones no hacen más que señalar características externas de la dignidad, sin describir el contenido y los elementos que conforman tal contenido; cabe aclarar, que no se pretende restar importancia a la cualidad de la dignidad humana de ser un valor referente para la configuración y entendimiento de los derechos; no obstante, en tanto no se resuelva el enigma de su contenido, existirá una zona gris que afecta a la seguridad y certeza que debe proveer todo ordenamiento jurídico.

Con todo esto, se ha señalado también, otra de sus características que resultan periféricas a su contenido mismo, su calidad de principio, norma-principio, que recuerda a los integrantes del Estado que el ser humano es el centro de su función, vale decir que el “Estado existe en función de la persona humana y no lo contrario” (Sarlet, 2006, p. 65); esta norma-principio, entonces, puede componer parte del contenido de los derechos fundamentales, pero sobretodo, es la guía para su aplicación; la luminaria que todos debemos seguir cuando interpretamos una norma de derechos humanos o fundamentales; lo que dificulta la tarea de otorgarle un contenido específico, tal y como ocurre con otros principios del ordenamiento jurídico.

Otra característica, también periférica a un contenido específico, es aquella que señala la relación estrecha que existe entre la dignidad humana y la persona humana, el concepto remozado de la persona humana, aquella que la convierte en el centro de todo sistema

jurídico (Chueca, 2015); esta estrecha relación, entonces, convierte a la dignidad en un medio para su protección.

Se ha entendido a la dignidad también en relación a la justicia, lo que, según esta posición, la separa del concepto de moralidad y la hace independiente, la ubica como un bien precedente al principio que determina lo que es justo o no, es más, la justicia se ubicaría como un instrumento de protección de la dignidad (Rawls, 2006, p. 41).

Por otro lado, se define a la dignidad como un valor existencial, distinto a valor moral, que deriva de las propias características del ser humano (Kateb, 2011), por lo que este no debe realizar ninguna actividad para obtenerlo, porque ya se encuentra inserto en su naturaleza; noción que parece indicar que todos los seres humanos cuentan con dignidad, lo que no parece correcto en el ámbito material.

La dignidad, entonces, parece un concepto no acabado, o de difícil construcción, puesto que generalmente está referida a una “cualidad indefinible y simple” (Spaemann, 1988); no obstante, existe una afirmación realizada por Millán Puelles (1976) que tal vez pueda dar luz sobre el contenido de la dignidad, pues señala que su acepción medieval puede ser equiparada al axioma griego, es decir que en dicha época, la dignitates significaba una verdad objetivamente irreductible (p. 99), lo que lleva a pensar que la dignidad es un principio que expresa un bien supremo, conductor de la voluntad popular, es decir, su objeto es la moral positiva de una determinada sociedad; es por esto que su contenido ha resultado siempre tan difuso, debido a que la moral positiva de la sociedad no es única ni expresa valores universales.

De ahí que se diga que “en nuestro tiempo actúa una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser cosificada porque ser sujetos lleva consigo una

identidad que no admite equivalentes funcionales” (D’Agostino, 2002); en ese sentido, el objeto de tutela para la dignidad humana sí es la persona humana, pero no como un atributo inherente, sino como una construcción de la moral objetiva expresada como una conciencia colectiva.

En ese sentido, es pertinente referirnos a la manera en que se recoge esa moral objetiva, y la única manera ideada por la teoría es la democracia, pero no más una democracia en la que se respeta la voluntad de la mayoría sin mayor análisis, sino una democracia en la que la voluntad de la mayoría debe estar alineada a la construcción de lo que es necesario para el bienestar común, a pesar de las preferencias particulares; es decir, una democracia reflexiva o crítica en la que los jueces y los tribunales tienen un papel sustancial, contrastar la moral objetiva con los preceptos ya contenidos en el ordenamiento jurídico, las conquistas que en este se han plasmado y que se mantendrán en el mismo hasta que una nueva revolución lo requiera.

2.10.2. La libertad como presupuesto para el entendimiento del matrimonio y el divorcio

Los primeros esbozos de la libertad, como ahora la conocemos, se originó con la revolución francesa y las ideas de la ilustración, no se trató de una propuesta nueva, pero sí consagrada en las nuevas intenciones del pueblo francés, tanto es así que, el Estado de Derecho que se produjo a partir de esta sucesión de hechos que constituyeron la revolución, buscaba “limitar y restringir el poder del Estado en favor de la libertad de los individuos” (Barberán, 2010).

Así, la libertad de los individuos se erigió como uno de los principios bandera en el siglo XVIII, el mismo que ha evolucionado y ampliado su contenido hasta la actualidad, y

llegando a considerarlo, además, un derecho fundamental. La teoría de Locke que al referirse al estado de naturaleza hace referencia que:

Los hombres se hallan en un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre (1689, p. 3).

Estas ideas de libertad, de manera originaria la plantearon o entendieron como el “estado de la persona que no es esclava y por tanto tiene la facultad de realizar algo por sí misma, por iniciativa propia” (Echeverry, 1998, p. 339), comprendiendo a esta como un derecho por el cual las personas hacen uso de su albedrío y su capacidad para llevar a cabo una o varias acciones dentro de la sociedad, sin que cuente con límites para ello.

No obstante, esta definición otorga una visión parcializada de la libertad, aún para el concepto que se mantenía en sus inicios, puesto que en los primeros lustros del Estado de Derecho su contenido se esbozaba de la siguiente manera: “Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo, sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás” (Kant, 2004, p. 206).

De lo que se desprende que la libertad permitida en un Estado de Derecho es aquella que consiente el despliegue de la personalidad de un individuo de conformidad con sus propias elecciones, en tanto persona capaz de autodefinirse, así como autolimitarse, siempre y cuando, no afecte la libertad de los demás individuos.

De allí que se haya definido a la persona humana en términos de autonomía, puesto que se trata de único ser sobre la tierra que cuenta con la capacidad de entendimiento suficiente como para percibir el mundo que le rodea y valorar los estímulos que este le provee para construir su personalidad y, como parte de esa cimentación, la potestad para elegir los componentes que le resultan más adecuados, a partir de los cuales se determinarán las elecciones que realice en su interacción con las demás personas.

La libertad, es dicha potestad para elegir que tiene cada persona, quienes, al no encontrarse solas, se encuentran en un constante enfrentamiento de liberalidades, mismo que alcanza un óptimo a través del respeto mutuo, es de esta manera que las liberalidades se convierten en libertad, de ahí que se desprende su carácter de principio, que establece límites, y también de derecho subjetivo, que reclama el respeto de tales límites.

El proceso detallado, apunta el cambio que ha sufrido el concepto de libertad, en principio entendido en el contexto del Estado Liberal siempre a la medida de lo establecido por la ley, y su posterior concepción dentro del Estado Constitucional en el cual la ley deja de definir el ámbito de la libertad y, por el contrario, el respeto de la libertad constitucionalizada comienza a ser la medida de la validez de la ley (Bernal, 2006, pp. 68-69).

La libertad, entonces, al consistir en un valor conformado por la interacción de las personas, no puede encontrarse limitada por imperativos legales, puesto que la democracia practicada para la elección del poder legislativo y el poder ejecutivo, quienes emiten normas con rango legal, no tiene como propósito la conformación de un principio, sino que requiere de un proceso constituyente, de la confluencia entre la moral social y la moral

crítica para transportar un contenido de origen social hacia el recinto de las normas jurídicas constitucionales, es a partir de esta transición que se puede reconocer a la libertad como principio y otorgarle también la categoría de derecho fundamental.

La libertad, entonces, vista como principio y derecho fundamental general, es el “ideal y principio ético, político y jurídico que se refiere a la construcción de las acciones de los individuos y a la capacidad que tienen como sujetos para desarrollar sus ideas, planes de vida o propuestas” (Thiebaut, 1998, p. 72).

Se trata de un ideal, puesto que expresa una de las dimensiones de la persona humana, una condición para el cumplimiento de sus planes, para la construcción de su personalidad y la elección de todas las opciones que le presta la vida para ello; este ideal ha acompañado a los planteamientos del siglo de la ilustración, ha secundado el cambio de paradigmas y la construcción de una nueva estructura de Estado, pero también, es el protagonista de nuevos anhelos de parte de las personas, mismos que se consiguen con nuevas luchas que motivan la edificación de un escalón más en el progreso de la sociedad y, con ello, la afirmación de una nueva dimensión de la libertad.

En este sentido, se convierte en principio puesto que ordena a todos los demás derechos o valores relativos a la persona, los que no pueden ser entendidos sin la libertad, esta debe conformar un elemento de su contenido.

Esto hace que sea aceptado por todos y cada uno de los integrantes de la población, como parte de su moral, esto les anima a exigirlo y, tras esa exigencia, se la admite como

parte de un sistema u ordenamiento jurídico y constituye un parámetro para la conformación de los derechos mismos, así como una obligación para la actuación de los funcionarios gubernamentales con estricto respeto de su contenido.

Respecto a la libertad Bobbio (2009) ha sostenido al referirse específicamente al artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos lo siguiente:

Que los seres humanos nazcan libres e iguales quiere decir en realidad que deben ser tratados como libres e iguales. La redacción no describe un hecho, trata de prescribir un deber. (...) En otras palabras, podríamos decir que la libertad y la igualdad de las que se habla en aquel artículo no son un hecho sino un derecho, y más concretamente un derecho que deriva de ser humano, antes que de una constitución positiva, de la constitución misma de la personalidad (pp. 522-523).

Esta afirmación de Bobbio podría interpretarse como naturalista, ya que expresa la existencia de la constitución misma de la personalidad, no obstante, también es aplicable para la idea de la existencia de una constitución material y, se la denomina así por su carácter anterior, preexistente al orden estatal, pero no porque se trate de principios supremos existentes de manera abstracta o que preexistan por voluntad divina o por la propia naturaleza, sino porque es la dinámica social, la interacción entre las personas la que la funda, la realidad social determina su contenido y, una consciencia colectiva la que admite contenidos específicos para los valores que luego han de convertirse en jurídicos.

En el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha recogido que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

Por su parte la CIDH (2007) respecto a la libertad ha señalado en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador lo siguiente:

En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. (...) “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo (p. 51).

Se advierte además que tradicionalmente el derecho a la libertad personal era entendido desde la perspectiva de la libertad física; sin embargo, la CIDH en una actitud activista le ha dado un contenido amplio, que se asocia también a la posibilidad de autodeterminación (Caldas, 2017, p. 7).

En el ámbito interno, la constitución peruana de 1993, solo en su artículo 2, contiene una gama de libertades que han de ser tuteladas por los organismos del gobierno, como ocurre con el libre desarrollo de la persona (inc. 1); la libertad de conciencia y religión, lo que involucra libertad de ideas, creencias, confesiones y opinión (inc. 3); las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (inc. 4).

Por su parte el Tribunal Constitucional (2011) peruano también ha tenido la oportunidad de referirse respecto a la libertad incidiendo principalmente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así en el denominado caso el Tabaco ha sostenido que:

En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales (p. 23).

Esta dinámica de construcción de significados, primero de manera social y luego de manera crítica para que sean incluidos como parte de los sistemas jurídicos y los ordenamientos jurídicos, no es ajena a la libertad que, conforme ha ido evolucionando la

sociedad ha requerido de nuevos visos como la libertad de tránsito, la libertad de reunión, la libertad de credo, la libertad de expresión, la libertad de información, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros varios que han sido reconocidos de manera histórica y que han sido incluidos tanto en la normatividad internacional como en la nacional.

2.10.3. El derecho al libre desarrollo

Este derecho significa, la capacidad de autodeterminación para hacer, no hacer o dejar de hacer, manifestándose en pro del particular usufructo personal y para la consecución de alguna meta referida a la satisfacción personal. Mediante este derecho se busca asegurar la realización del plan de vida libremente escogido, y en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, convicciones y deseos mediante sus actuación o verificación en el seno de la sociedad (García, 2021).

Según el jurista García (2021), considera el derecho al libre desarrollo como “el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio. Ello a efectos de lograr sus objetivos, es decir la realización integral como ser humano” (157).

El supremo interprete de la constitución también se ha pronunciado sobre el derecho al libre desarrollo en la Sentencia (Expediente N.º 02868-2004-AA/TC), señalando “que dicho derecho garantiza una determinación general de actuación del ser humano, en relación con cada esfera del desarrollo de la personalidad. Es decir, resguarda aquellos espacios de la actividad humana que están sujetos a la decisión y voluntad de un ser auténtico y digno (p.20)”.

Por otro lado, según Hawie (2015) señala respecto a este derecho:

No se trata de amparar constitucionalmente 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 con la estructuración y realización de la vida privada y social de la persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales (p.27).

Esta dimensión de libertad, sirve para la estructuración de la vida personal y social, atenuando así la actuación estatal que no sean razonables, garantizando el ejercicio de los demás derechos que se pregona en la Constitución.

2.11. Marco conceptual

Se toma como definición de términos fundamentales se hace una introducción que los articule y luego se continúa con su definición. Palabras claves de investigación.

2.11.1. Familia

Fenómeno social que involucra una serie de relaciones de parentesco consanguíneo, legal o por afinidad y que presenta múltiples formas en la realidad, cuya tutela se encuentra a cargo de sus propios integrantes, en primer lugar y, en segundo lugar, de parte del Estado a través de sus órganos de gobierno, que están obligados a actuar tutelarmente en su favor tanto desde la regulación normativa hasta la toma de medidas jurisdiccionales y administrativas orientadas a su protección.

2.11.2. Matrimonio

Acto jurídico normativamente recogido que tiene como finalidad otorgar seguridad jurídica a determinados tipos de familia, en general, a la familia compuesta por dos

personas que buscan unir sus vidas, además de factualmente, también formalmente; en ese sentido, el matrimonio reúne una serie de requisitos que han de cumplirse a fin de contar con la tutela Estatal en cuanto a las figuras contempladas para proteger legalmente la unión, tales como la sociedad de gananciales, la herencia del cónyuge supérstite, entre otras varias.

2.11.3. Divorcio

Mecanismo que busca otorgar una solución a la imposibilidad de mantener el matrimonio que, independientemente de la causa o motivos que se tenga para ello, debe centrarse en la voluntad de los cónyuges para abandonar la empresa matrimonial y continuar con sus planes y proyectos personales sin contar con la participación del otro cónyuge.

2.12. Hipótesis

Los fundamentos jurídicos que sustentan la modificación del contenido normativo de la figura del divorcio a partir de la disociación del mecanismo matrimonial del contenido del derecho a la familia, son:

- 1) La comprensión de que la institución familiar cuenta con muchas otras formas de materializarse que son distintas al matrimonio y que, en este sentido, requiere de una tutela integral y diferenciada de este.
- 2) La naturaleza del matrimonio tiene como sustento al constructo denominado persona, al respeto de su dignidad y, con ello, el derecho de libre desarrollo de la personalidad, lo que elimina la necesidad de su promoción.
- 3) El libre desarrollo de la personalidad es el sustento de la institución del matrimonio, motivo por el cual su disolución no debería ser en exceso compleja y no debería requerir mayor causal que el propio proyecto de vida personal.

CAPÍTULO III

3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

En presente capítulo se abordará aspectos metodológicos de la investigación, los cuales son las herramientas idóneas que servirán para contrastar la hipótesis planteada, conduciéndonos a la verdad o falsedad de la misma. Así tenemos que, el enfoque de la presente investigación empleado ha sido el cualitativo, puesto que no mediremos datos, sino se propondrá la modificación del contenido normativo del divorcio dentro del ordenamiento jurídico peruano en base a los fundamentos teóricos que se presentará en los distintos capítulos que corresponda.

3.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación es de carácter básica o *lege data*, debido a que no se manipulará variable alguna para obtener alguna discusión; es decir, la discusión que se generará será producto de la revisión sistemática de fuentes teóricas, dogmáticas, normativas y jurisprudenciales acerca del derecho de acceder a una familia, el derecho a casarse, así como, del derecho a divorciarse.

3.2. Diseño de investigación

El diseño de la investigación, es no experimental, puesto que no se presentará manipulación de variables ni modificación de realidad alguna, sino una discusión dogmática basada en la teoría, normatividad y jurisprudencia relativa al tema de investigación.

3.3. Área de investigación

La investigación se enmarca dentro del área académica de las ciencias jurídico civil - empresariales, en cuanto se analiza la legislación civil.

3.4. Dimensión temporal y espacial

La investigación es longitudinal puesto que estudian diversos derechos fundamentales que sustentan una regulación normativa, pero no a la regulación normativa específica.

3.5. Unidad de análisis, población y muestra.

La unidad de análisis es la institución del divorcio, regulada en el libro de derecho de familia, del Código Civil Peruano de 1984; en cuanto a la población y muestra, teniendo en cuenta el tipo de investigación, los métodos y técnicas a utilizarse, puede señalarse que la investigación no cuenta con población y muestra.

3.6. Métodos

- Dogmático.

La dogmática, traída al campo jurídico, se ha convertido en el instrumento para dotar al derecho de sistematización en los contenidos, naturalezas, elementos de las figuras e instituciones jurídicas (Alexy, 2017, p. 140); todo ello desde la delimitación de la norma que inspira a las disposiciones normativas o a las reglas; es por esto que este método sobrepasa sus originarios desarrollos penales y se inserta cómodamente en la rama constitucional, en el presente caso, a efectos de reconstruir el contenido del divorcio como figura jurídica; para ello, claro está, se echará mano de otros métodos generales que la acompañan, como ocurre con el análisis y síntesis.

- **Hermenéutica.**

A efectos de analizar e interpretar la normativa internacional, nacional y comparada que se presenta respecto del divorcio como figura jurídica y de las instituciones de la familia y el matrimonio como elementos clásicamente relacionados, pero factualmente diferenciables. Este método de investigación jurídica, comprende principalmente la interpretación de textos, siendo que su objeto es elucidar todo lo que haya de oscuro o mal definido, de modo que, mediante un proceso analítico e interpretativo, todo lector pueda darse cuenta de la idea exacta del autor (Terry, 1990, p. 10).

3.7. Técnicas de investigación

- **Observación documental.**

Tanto el repaso de la evolución de las figuras mencionadas como la construcción de sus nuevos contenidos, alcances y finalidades, requieren de una exhaustiva revisión documental y la posterior comparación, análisis y síntesis de sus contenidos.

3.8. Instrumentos

La ficha de observación documental y las fichas, se utilizará para la aplicación de la técnica de observación documental.

3.9. Limitaciones de la investigación

La principal limitación con la que cuenta la investigación es, las circunstancias por la que atraviesa el Perú actualmente, referido a la PANDEMIA COVID-19, siendo que, al tratarse de una investigación teórico-dogmática, exigirá la revisión sistemática de múltiples fuentes de información, fuentes que no fue posible acceder, debido a las restricciones sanitarias que impuso al gobierno, consecuentemente cumpliendo una cuarentena obligatoria.

CAPÍTULO IV

4. Fundamentos jurídicos que sustentan la modificación del contenido normativo de la figura del divorcio a partir de la disociación del mecanismo matrimonial

4.1. Reconocimiento de la institución familiar de manera diferenciada a la constituida por el matrimonio

Evidentemente la institución familiar trasciende sobre la figura jurídica del matrimonio, esto debido a que, la familia se materializa en distintos tipos de conformar y/o componer una familia en la actualidad, a causa de los cambios sociales que se han venido dando, es decir la inclusión social, las migraciones, la labor de la mujer, etc.

Ahora bien, la familia matrimonial está formada legislativamente sobre la base de la familia nuclear, esto es papá, mamá y solamente hijos. Sin embargo, la institución familiar es mucho más que solo que la antes referida composición pues se reconoce distintos tipos de familia, inclusive el Supremo interprete de la Constitución se ha pronuncia sobre la protección que debe de garantizar el Estado y la Sociedad:

“Sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será de merecedora de protección frente a las injerencias que pueda surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales” (STC Exp. N° 06572-2006-PA. Fjs 11)

En vista de lo antes señalado, se entiende que la institución familiar va más allá que la institución matrimonial, puesto que se evidencia que mientras que el matrimonio se puede extinguir por diferentes razones, la familia que está relacionada por los lazos consanguíneos, de afinidad, afectividad, creados por ley etc., puede perdurar. Es decir, el

matrimonio, que tiene vinculados directamente a los cónyuges, puede estar acabado o perdido para los cónyuges, pero alrededor de ellos están inmiscuidos los demás integrantes del grupo familiar, que pueden ver afectados sus derechos fundamentales.

De modo que se debe procurar una protección integral a los distintos tipos de la familia, que es donde se evidencia la materialización de la institución familiar, protección en el sentido que se debe facilitar la disolución del vínculo matrimonial a través del mecanismo llamado divorcio, en favor de la protección de los distintos tipos de familia que se conforman en la actualidad. Lo antes referido en el sustento de que, los integrantes que conforman el grupo familiar, es decir, hijos, hermanos, primos, tíos, abuelos, etc., al ser parte de la esfera de la familia matrimonial pueden verse afectados directa o indirectamente física y psicológicamente por conductas lesivas desplegadas por alguno de los cónyuges.

Ahora bien, en la doctrina se reconoce a distintos tipos de familia que paso a detallar:

- Familia general: se encuentra conformada por personas unidas por vínculos de parentesco, afinidad y otras relaciones de afecto (como el padrinazgo, derivado de algunos sacramentos como el bautismo, confirmación, matrimonio, etc.). Esta familia puede ser: polinuclear; cuando incluye a varias familias nucleares (distintas generaciones en un mismo hogar) o nuclear ampliada (padres e hijos y otros parientes).
- Familia reducida: llamada nuclear, restringida, portátil o conyugal. Este es el tipo de familia que actualmente predomina, la que se incentiva y publicitada.
- Familia intermedia: es el tipo de familia que sin cohabitar entre si forman lazos amparados en el parentesco cuyos efectos se extiende hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Asimismo, es considerada la familia que se

reagrupa luego de cierto tiempo. Como cuando los padres se regresan de ancianos o enfermos a vivir junto con los hijos.

- Familia matrimonial: Se origina con el matrimonio, es un tipo de familia trascendental, ya que el Estado lo promueve, incita a que las personas se casen para que la conformen. Este tipo de familia, le brinda seguridad y estabilidad a la familia.
- Familia extramatrimonial: Este tipo de familia, surge de la unión libre entre personas con impedimento matrimonial, modernamente identificada como unión de hecho o unión estable; por cuanto su legalidad, está incluida en el Código Civil de 1984.
- Familia monoparental: Es un tipo de familia conformada por uno de los padres con hijos, un caso típico es el de las madres solteras que desarrollan un doble rol padre/madre. Esta familia es consecuencia de factores sociales como la informalidad de las relaciones sexuales y la inaplicable política de paternidad responsable. Entre fuentes de la familia monoparental, encontramos: la ruptura de la relación matrimonial, padres solteros, procreación asistida, hogares a cargo a tutor o curador, hospitalización, encarcelamiento, emigración.
- Familia anaparental: conformada por un grupo de personas sin emparentamiento o emparentamiento colateral que llevan a cabo relaciones de contenido familiar. Caracterizada, por la convivencia, ayuda mutua, integración y afecto lo cual permite su desenvolvimiento. Un claro ejemplo de este tipo de familia son lo amigos que comparten una vida por razones de trabajo siendo compañeros de habitación. Son relaciones personales, que generan vínculos de apariencia, pero que se comportan como familia, por cuanto se evidencia una ayuda mutua, de ahí la fuerza de su integración.

- Familia pluriparental: es la clase familia en la que uno o ambos miembros de la pareja tuvieron un compromiso previo. Es la pareja con hijos propios y comunes. En este tipo de familia, surge el llamado padrastro o madrastra que es la pareja del progenitor que no es padre de los hijos previos de aquella. En esta familia se suma los tiasros y los primastros.
- Familia homoafectiva: En este tipo de familia primala libertad de relacionarse sin tener en cuenta la diversidad de sexos, solo interesa el afecto de las personas que quieren compartirse.
- Familia paralela: es la clase de familias, donde dos familias comparten un miembro que es un cónyuge en ambas, cónyuge de una, y conviviente de otra o conviviente de varias, representando en su composición una variedad de vínculos.
- Familia geriátrica: está conformada por personas de la tercera edad, la finalidad de esta familia es evitar la soledad, ayudándose de forma integral y recíproca.
- Familias comunitarias: conformada por personas adultas y niños, que se integran sin llegar a tener vínculos de parentesco desarrollándose con los mismos fines de la familia, como es el caso de los hippies.
- Familias virtuales: son la clase de familia que se comunican e interactúan mediante la tecnología e inclusive no llegan a conocerse físicamente; es un tipo de familia distante físicamente, pero comunicada.
- Familias transnacionales: son aquellas que se dan por diversos motivos, surgen por diversos factores, como el trabajo de los padres fuera del país de origen, los hijos emigran a otros países, es una especie de familia cosmopolita.

En definitiva, estas diversas y complejas formas de materializarse la familia son algunos y claros ejemplos de clases de familia, que no son excluyentes, pudiendo familias

integradas unas con otras. En efecto, la necesitan una tutela integral por parte del Estado y la sociedad; por cuanto, es dentro de la familia donde se transmite valores, costumbres, donde se forman hombres del mañana para constituir una mejor sociedad.

Esta nueva taxonomía de familias humanas, permite identificar cambios producidos, y consecuentemente evitar normas rígidas y flexibilizar las mismas, pero con planteamientos lógicos y capaces de dar solución a los nuevos retos que se plantean en el derecho de familia.

En la legislación comparada, como es el caso de Argentina, se ha sostenido “que una familia es digna de protección y promoción por parte del Estado, cuando resulta posible comprobar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico logrando un desarrollo en el aspecto material y afectivo” (Varsi, 2011). Queda claro entonces, que por encima del formalismo denominado “matrimonio”, se debe corroborar si la familia en sus distintas formas de materializarse, aún queda ese vínculo de afecto entre los principales componentes que llevan al desarrollo personal y económico de la agrupación familiar, es decir los cónyuges.

En caso contrario, de no poder corroborar la afectividad dentro del grupo familiar, debe procurarse darle una solución efectiva a ese vínculo matrimonial, dejando a salvo la armonía y la integridad completa de la familia, dicho de otra manera, disminuir las posibles confrontaciones que se pueda generar dentro del ámbito familiar al querer disolver el vínculo matrimonial, vínculo que ya no da para más, puesto que los integrantes ya no comparte por diversas razones y/o circunstancias sus convicciones de vida.

Finalmente, la familia nace de diversas maneras, el matrimonio no es el único acto que la crea, ni el divorcio acaba con la familia. La familia trasciende a la decisiones y circunstancias propuestas por la voluntad del hombre.

4.2. Análisis de la naturaleza del matrimonio y proscripción de la promoción estatal para su desarrollo

Según la doctrina, la naturaleza del matrimonio tiene diversas teorías que intentan explicar la naturaleza, pero para el presente trabajo de investigación hemos considerado las que a continuación se pasa a enumerar:

Matrimonio como sacramento:

Para el derecho Canónico, según el profesor Venosa (2008) “el matrimonio es un sacramento y también es un contrato natural debido a la naturaleza humana. Los derechos y obligaciones derivados se fijan en la naturaleza y no pueden cambiarse por las partes o por la autoridad, al ser perpetuo e indisoluble” (p.25).

Matrimonio como contrato:

Esta teoría proviene del derecho clásico, de Roma, por cuanto el matrimonio se celebra en la misma forma que los contratos y genera efectos semejantes a ellos, por lo que, la mayor importancia que se le puede reconocer, en esencia el matrimonio no es otra cosa que un contrato. En efecto, los contrayentes tienen que cumplir con los requisitos formales que se requiere para la celebración válida de cualquier contrato. De modo que, ante la ausencia de los requisitos exigidos o presencia de vicios, tendrá lugar el caso de anulabilidad como de nulidad. El matrimonio genera obligaciones, como las que contraen recíprocamente los cónyuges, cuyo incumplimiento, puede dar lugar a la disolución del matrimonio en forma semejante a la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de las

obligaciones contraídas, que en el derecho de familia se denomina divorcio (Ramírez, 2018, pp. 64-65).

Matrimonio como institución:

La teoría institucionalista considera al matrimonio como una institución trascendental que concierne a la subsistencia y felicidad, del hombre en la tierra, en palabras del jurista Méndez & D` Antonio (2001) explican que “es una forma social de realización de la persona en la que se conjugan una variedad de intereses. La persona contrae matrimonio para compartir su vida, crecer, desarrollarse, lograr sus fines e ideales, realizar su proyecto de vida, su personalización integral” (p.92).

Por último, la teoría del matrimonio ecléctico.

Esta teoría sostiene que el matrimonio es un acto complejo, por cuanto lo considera como un contrato y una institución, a decir de Varsi (2011), “el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución, se trata de un instituto de naturaleza híbrida, contrato en su formación e institución en su contenido”.

Quedando claro las distintas naturalezas que reconoce la doctrina al matrimonio, se puede sustentar que el matrimonio es un mecanismo que tiene como sustento al constructo denominado persona, al respeto de su dignidad y, con ello, el derecho de libre desarrollo de la personalidad, además que envuelve de formalidad similar o igual a un contrato puesto que, ante el incumplimiento de las obligaciones que se adquieren dentro del matrimonio se puede dar la resolución (para el caso del contrato), en cambio la resolución del contrato matrimonial, se lleva a cabo mediante la solicitud de divorcio ejerciendo el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, en lo relativo a proscripción del principio de promoción del matrimonio por parte del Estado, el referido principio ha sido contemplado en el artículo 4 texto constitucional de 1993; para tal importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo matrimonial.

Sin embargo, frente a situaciones desmerecedoras de perpetuación del vínculo matrimonial, cometidas por uno o ambos cónyuges que alteran el orden interno de la familia, el Estado debe de dar una respuesta a través de sus organismos una efectiva al problema de tipo familiar, donde se evidencia el decaimiento del matrimonio por cuanto ya no existe un vínculo afectivo mutuo para llevar adelante el matrimonio, y así se atenúa el desarrollo personal y material de la familia.

Ante tal situación, el Estado, debe proscribir la promoción del matrimonio, por cuanto al querer preservar el matrimonio, consecuentemente afecta al principio de protección de la familia, en el sentido que se pretende mantener el vínculo formal, pero esto puede afectar las relaciones entre quienes pretenden divorciarse, generando situaciones conflictivas innecesarias.

4.3 La facilidad para la disolución del vínculo matrimonial se sustenta en el libre desarrollo de la personalidad

Un cónyuge antes de ser tal, es una persona cuyos derechos fundamentales no pueden ser vulnerados, ni limitados por el solo hecho de haber contraído matrimonio y haber asumidos los deberes correspondientes. Debido que muchas veces se ve mermado derechos fundamentales e irrenunciables de alguno de los cónyuges como es su identidad, su integridad, su reputación por las acciones u omisiones que pueda realizar algún de los cónyuges.

Se evidencia también que el supremo interprete de la Constitución se ha pronunciado en el sentido que el derecho a contraer matrimonio desarrolla o está inmerso la protección del derecho al desarrollo de la persona o libre desarrollo de la personalidad, derecho que se encuentra reconocido Constitucionalmente en el artículo 2, inciso 1. Es de resaltar que el derecho al libre desarrollo comprende una libertad amplia de desenvolvimiento del ser humano, hay que destacar que este derecho dota a todo ser humano de autonomía y dignidad en su condición de miembro de una sociedad de hombres libres.

Entonces, para acceder al divorcio, es argumento suficiente que, para la disolución del vínculo matrimonial, se debe ejercer el derecho libre desarrollo personal reconocido constitucionalmente, para decidir cómo quiere continuar con su plan de vida. Esto ante circunstancias o situaciones que considere como persona y ser humano libre que no se adecuan con su forma de su desarrollo personal. En ese sentido se debe conceder y sin excesivos y dificultosos trámites burocráticos el divorcio, para poner en salvaguarda tanto al propio cónyuge como a los demás integrantes de la familia.

Así, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (STC, Exp. N° 0018-1996- Lima, p.2), ha determinado que “cuando se ven vulnerados distintos derechos fundamentales que son inherentes a cada ser humano por su condición de tal, dentro de la convivencia matrimonial, no considera legítima la preservación de un matrimonio”. En conclusión, la libertad permitida en un Estado de Derecho es aquella que consiente el despliegue de la personalidad de un individuo de conformidad con sus propias elecciones, en tanto persona capaz de autodefinirse, así como autolimitarse, siempre y cuando, no afecte la libertad de los demás individuos. Por tal motivo, cada persona y en el ejercicio de su desarrollo de su personalidad, debería acceder con mayor facilidad a divorcio.

CONCLUSIONES

Finalmente se puede concluir, con sustento en la dogmática desarrollada y los resultados del presente trabajo:

1. Los fundamentos jurídicos que sustentan la modificación del contenido normativo de la figura de divorcio a partir de la disociación del mecanismo matrimonial del contenido de derecho de familia, por cuanto la institución familiar se materializa de manera distinta a la familia matrimonial, en ese sentido se debe garantizar la protección integral de los distintos tipos de familia existentes en la actualidad y reconocidos por la doctrina peruana, ante situaciones dañosas dentro del ámbito familiar, que impliquen afectaciones a los derechos fundamentales e irrenunciables de cada integrante del grupo familiar. **(Esta conclusión responde al objetivo general)**

2. El contenido de la institución familia ha evolucionado tanto desde una perspectiva socio jurídica, como propiamente normativa y jurisprudencial, por cuanto la familia en la sociedad se materializa de diferentes maneras, esto consecuencia de distintos factores sociales (la inclusión social, la inmigración, etc.), se tiene como ejemplo a la familia monoparental, pluriparental, paralela, homoafectiva, etc. En cuanto la evolución normativa, estos tipos de familia ha quedado sin protección legal, es decir no se ha previsto acciones positivas a cargo del Estado, en pro de su constitución. Sin embargo, el supremo interprete de la constitución, ha reconocido en su jurisprudencia la protección de la familia sin importar la forma de su conformación.

3. La naturaleza del matrimonio comprende distintas teorías que lo consideran desde un sacramento hasta un contrato civil y de paso una considerada una institución, pero se ha llegado a determinar que la naturaleza del matrimonio tiene como sustento al constructo

denominado persona, al respeto de su dignidad y, con ello, el derecho de libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, si para acceder a formar una familia a través del matrimonio una persona ejerce su derecho al libre desarrollo, para el caso del divorcio se tendría que considerar el mismo derecho, facilitándose el divorcio de una manera pronta y efectiva.

RECOMENDACIONES

La recomendación que se sugiere para posteriores investigaciones dentro del ámbito del derecho de familia, que no se ha abordado incisivamente por supuesto, es que este dirigido a: los daños que se generan a los integrantes del círculo familiar unidos por el vínculo matrimonial como sustento para una modificación de la figura del divorcio.

LISTA DE REFERENCIAS

- Llanos, B. (2018). *Causales de separación y divorcio, un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. (1ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (2014). *La protección internacional de las personas LGBTI*. México: ACNUR.
- Arendt, H. (1977). *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt Inc.
- Asamblea de Estados Americanos. (17 de noviembre de 1988). Resolución A 52. *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. San Salvador, San Salvador, El Salvador: Secretaría General de la OEA.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Resolución 217 A (III). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, París, Francia: Secretaría de la Asamblea General.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Resolución 2200 A (XXI). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York, Nueva York, Estados Unidos: Secretaría de la Asamblea General.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Resolución 2200 A (XXI). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, Nueva York, Estados Unidos: Secretaría de la Asamblea General.
- Ramírez, E. (2021) *Derecho de familia, doctrina, jurisprudencia, modelos*. (1ª ed.). Legales Perú E.I.R.L
- Balcázar, P., (2013) Gonzáles-Irratia López-Fuentes, N., Gurrola Peña, N., & Moysén Chimal, A. *Investigación cualitativa*. México: Universidad Autónoma de México.
- Torres, J. (2018). Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. Algunos comentarios doctrinales. *IUSLabor*, 186-213.
- Bernal, C. (2006). El Concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio. *Revista de economía institucional*, 55-75.
- Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil*.: t. 1. *Familia*. La ley.
- Cáceres, R., Quince, D., Minot, C., & Molina, L. (2008). *Elementos básicos de derechos humanos: guía introductoria*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Caso Rafael Alonso Ynga Zevallos, Exp. N.º 00139-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 18 de marzo de 2014).

- Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga, Exp. N.º 06040-2015-PA/TC (Tribunal Constitucional 21 de octubre de 2016).
- Caso Santos Eresminda Távara Ceferino vs. SEDAPAL, EXP. N.º 06534-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 15 de noviembre de 2007).
- Cornejo Chavez, H. (1988). *Derecho familia peruano.*: t.1. *Sociedad conyugal*. Editorial Rocarme.
- Chávez, J. (diciembre de 2010). La condición de persona como fundamento del Derecho en la Iusfilosofía de Javier Hervada. *Dikaion*, 19(2), 285-318. Recuperado el 01 de abril de 2020
- Chiabra, M. (2011). *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia, causales, proceso y garantías* (1ª ed.) En M. Torres Carrasco (coord.) (pp. 109- 125). Gaceta Jurídica S.A
- Chueca, R. (2015). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Congreso Constituyente Democrático. (30 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- D'Agostino, F. (2002). La dignidad humana, tema bioético. En A. González, E. Postigo, & S. Aulestiarte, *Vivir y morir con dignidad* (pp. 20-31). Pamplona: Eunsa.
- Dansey, C. (1980). Naturaleza del Matrimonio y la Familia. *Jornadas chilenas de Derecho Natural*, 96-97.
- Diez-Picazo, L. & Gullón, A. (1986). *Sistema de derecho civil*. t. 4. Tecnos.
- Diaz, B. & Chávez, M. (2008). *As familias homoafectivas no Brasil e em Portugal*. Revista Portuguesa de Direito de Familia 39-52.
- Estados Americanos Signatarios. (22 de noviembre de 1969). Acta de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José, Costa Rica, Costa Rica: Departamento de Derecho Internacional de la OEA.
- Fernández, C. (2001). ¿Qué es ser "persona" para el Derecho ? En O. J. Amel, & D. M. Gesualdi, *Derecho Privado. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres* (pp. 289-333). Buenos Aires: Hamurabi.
- Gomes, E. (2015). *Los modelos legislativos del divorcio sanción vs divorcio remedio según el ordenamiento peruano*. (Tes. Para obtener el título de abogada) Universidad Señor de Sipán, Lambayeque. Recuperada de <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/486>
- Guzmán, C. (2017). *La instauración del divorcio incausado y la autonomía de la voluntad en el Perú*. Trujillo: Universidad César Vallejo.

- Hawie, I. (2015). *Manual de jurisprudencia de derecho de familia* (1ª ed.). Gaceta Jurídica S.A
- Hernández, A. (2015). *El divorcio sanción en el Perú y España en el marco de la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad*. Lima: Universidad César Vallejo.
- Kateb, G. (2011). *Human dignity*. Cambridge: Harvard University Press.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Marshall, P. (2010). El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 185-204.
- Matteucci, N. (1963). Positivismo giuridico e costituzionalismo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 985-1100.
- Mendez, M. & D`Antonio, D. (2001). *Derecho de familia.*: t. 1. Rubinzal - Culzoni Editores.
- Montesquieu. (1945). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Don Marcos Bueno.
- Ossadón, V. (1980). Fines y propiedades del matrimonio. *Revista Chilena de Derecho. Jornadas Chilenas de Derecho Natural*, 35-47.
- Pariatanta, H. (2018). *Desregulación de la consulta en el divorcio por causal para la eficiente promoción del matrimonio y protección de la familia*. Chiclayo: Universidad César Vallejo.
- Peces, G. (1980). Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado. *Sistema*, 3-27.
- Pérez, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones. Colección Cultura Jurídica*. México: Nostra ediciones.
- Pérez, A. (2000). La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la Justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 25-38.
- Ramos, C. (1990). *Acerca del divorcio*. Lima: Gráfica Espinal
- Ramos, C. (2001). *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX.*: t. 2. *La codificación del siglo XIX: Los códigos de confederación y el Código Civil de 1852*. Fondo editorial de la PUCP.
- Real Academia Española. (31 de marzo de 2020). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: https://dle.rae.es/discreci%C3%B3n?m=30_2
- Román, J., Antón, L., & Carbonero, M. (2009). Tipos de familia y satisfacción de las necesidades de los hijos. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, vol. 2, núm. 1., 549-558.
- Sánchez, A. (1987). *El Derecho en la aventura europea de la libertad*. Madrid: Reus.

- Sancho, F. (1978). *El concepto de estado civil*. Pamplona: Eunsa.
- Silva, Z. (2017). *La ausencia del periodo de reflexion en la regulacion juridica del divorcio notarial y municipal como atentatorio al principio constitucional de promocion del matrimonio*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Sentencia 0018-1996-AI. Tribunal Constitucional.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00018-1996-AI.html#:~:text=La%20norma%20impugnada%20que%20se%20se%C3%B1ala,al%20que%20pertenezca%20su%20titular.>
- Sentencia 02868-2004-Lima. Tribunal Constitucional [Sala Segunda del Tribunal Constitucional](2016). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.pdf>
- Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. *Persona y Derecho*, 16.
- Tord, J & Lazo, C. (1981). *Economía y sociedad en el Perú Colonial* (3ª ed.). Editorial Juan Mejía Baca.
- Troper, M. (1975). *Le probleme de l'interpretation et la theorie de la supralégalité constitutionnelle*. Paris: Cujas.
- Unzurrunzaga, A. (11 de diciembre de 2009). ¿Derechos humanos? *Diario de Noticias*.
- Urteaga, A. (2019). *Naturaleza de la institución matrimonial en relación con la naturaleza del derecho a la familia en su dimensión social actual*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca.
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Grijley.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Lima: Gaceta jurídica.
- Venosa, S. (2008). *Direito Civil.: t. 6 Direito de Família. Atlas*
- Zagrevelsky, G. (2011). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.