

El Divorcio al estilo alemán

(El Principio de Desavenencia)

Jorge Guimet H.

A) *Introducción*

NUESTRO DERECHO DE divorcio peruano tiene dos principios que lo rigen: por un lado, el principio de culpa; por el otro, el del mutuo disenso. Quiere decir que en el Perú sólo se disuelve el vínculo matrimonial si uno de los cónyuges incurre en una de las causales de divorcio y el otro cónyuge solicita el divorcio (principio de culpa) o si ambos cónyuges solicitan el divorcio (divorcio convencional o por mutuo disenso).

Cuando se llevaron a cabo las discusiones y se redactaron los diversos proyectos sobre la reforma de nuestro Código Civil de 1936, el Dr. Cornejo Chávez, encargado del Proyecto de Familia, adoptó la siguiente posición: Dijo estar en contra del divorcio y, consecuentemente, no planteaba innovación alguna "que contribuya a robustecer la figura o ampliar sus alcances"¹. Esta posición va en contra de la evolución del derecho de divorcio en el mundo; hecho que se demuestra con la forma en que otros sistemas jurídicos han evolucionado en los últimos años.

La reforma llevada a cabo por esos países podría calificarse de transición del principio de culpa al principio de desavenencia, en alemán "Zerrü-

¹ Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Tomo I Fondo Editorial 1980, Pontificia Universidad Católica, Lima 1980.

ttungsprinzip". A raíz de razones muy diversas por su naturaleza, los sistemas jurídicos modernos han tendido a una simplificación del derecho de divorcio; reduciéndolo a una cláusula general que permite el divorcio si es que el matrimonio ha fracasado. Se presume que el matrimonio ha fracasado si es que no existe vida conyugal en el matrimonio y no hay razones que permitan asumir que se restablecerá en el futuro (art. 1565 del BGB, Código Civil alemán). En pocas palabras, vendría a ser ésta la definición del "Principio de Desavenencia".

Esta transición al principio de desavenencia la han realizado una serie de países, sobre todo europeos: Hungría (1956), Australia (1959), Nueva Zelanda y Checoslovaquia (1963), Polonia (1964), Albania y República Democrática Alemana y Yugoslavia (1965), Rumania (1965), Canadá, Bulgaria y la URSS (1968), Holanda (1969), California / USA (1970), Inglaterra (1971). Otros países han adoptado una mezcla del nuevo principio con el principio de culpa, como Francia, Dinamarca, Suecia, Finlandia y algunos países europeos socialistas.²

La República Federal Alemana adoptó, en 1977, el nuevo principio de desavenencia. El sentido y fin de este trabajo es, en base a las críticas y experiencias de los últimos siete años al nuevo derecho de divorcio alemán, intentar una crítica constructiva de nuestro derecho de divorcio, con el fin de iniciar una discusión tan necesaria en este campo.

Este trabajo no debe considerarse como un atentado contra la familia y el matrimonio. En concordancia con nuestra Constitución, soy de la opinión que el matrimonio y la familia merecen todo el apoyo que se les pueda dar. También veo el matrimonio como una sociedad que debe durar toda la vida. Esto no impide, sin embargo, que se realice una reforma a nuestro derecho de divorcio, ya que hay casos en que el matrimonio ya no se puede sostener al adolecer la sociedad conyugal de una profunda e insuperable desavenencia. En esos casos no puede cumplir el matrimonio y la familia como "institución fundamental de la Nación".

El Estado debe intentar llegar a un compromiso entre la protección de la institución social del matrimonio, por un lado; y otorgar libertad a uniones conyugales fracasadas. Pero, no solamente el Estado, sino también la Iglesia debe esforzarse por un compromiso similar, tal como quedó demostrado antes, durante y después de la reforma del derecho de divor-

2 VERHANDLUNGEN DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES. (Discusiones de las Cámaras de Gobierno alemanas). 7. período electoral, Impreso 7 / 650, Tomo 176, pág. 74.

cio en Alemania. A pesar de que la Iglesia Católica sostiene la indisolubilidad del matrimonio, ve al derecho de divorcio como un "derecho de emergencia", indicando que "ni los valores cristianos ni los valores de otros grupos seculares pueden imponerse a través de un ordenamiento jurídico" ³. Dada la limitación de la legislación en una sociedad pluralista, es imposible exigir "que el Estado imponga su ideal de matrimonio y un ordenamiento jurídico a quienes no comparten iguales puntos de vista y creencias" ⁴.

Un miembro del Consistorio Supremo de la Iglesia Evangélica en Alemania opina que "tampoco la contemplación teológica está interesada en orientar el derecho del divorcio en base a violaciones a los deberes matrimoniales" ⁵. También dice que hay que prescindir del principio de culpa, favoreciendo así un divorcio basado en una desavenencia profunda, objetivamente determinable. Al ser promulgada la nueva ley de divorcio alemana, contó con la aprobación del Consejo de la Iglesia Evangélica Alemana (máximo organismo eclesiástico en Alemania), "no sólo porque la culpa, con ayuda de los instrumentos procesales, es difícil de determinar; sino porque las consecuencias del divorcio deberían ser reguladas independientemente de la culpa" ⁶.

Tanto la Iglesia Católica como la Evangélica recomendaron "apartarse del principio de culpa, de tal manera que sólo proceda el divorcio si existe una profunda e insalvable desavenencia. Así, no será determinante la culpa para efecto de las consecuencias del divorcio, ya que eso lleva a sentencias que no son siempre justas" ⁷.

Respetando la opinión del Dr. Cornejo Chávez, comparto la opinión de las iglesias, ya que conservando conceptos heredados (y hasta cierto punto obsoletos) no se llega a un mejoramiento de la situación actual y se falta inclusive al deber del legislador. En cambio, se puede contribuir, con cuidadosas consideraciones político-jurídicas, a que el Estado y la Iglesia, "en el marco de sus tan diversas funciones, lleguen a desarrollar

3 EID. *Ehe und Ehescheidungsrecht* (Matrimonio y Derecho Matrimonial), pág. 149, München 1972.

4 EID. *Ob. cit.*, pág. 149.

5 WILKENS, *Theologische Erwägungen zur Ehescheidung* (Consideraciones teológicas sobre el divorcio), FRZ 1969, pág. 61.

6 EVANGELISCHE KIRCHE DEUTSCHLAND. RAT der (Consejo de la Iglesia Evangélica Alemana), *Erklärung zur Ehe und Ehescheidung* (Aclaración sobre el matrimonio y el divorcio), pág. 1, Münster 77.

7 EID. *Ob. cit.*, pág. 173.

un derecho familiar y de divorcio que permita a los ciudadanos dar, con libertad de creencia, a Dios lo que es de Dios, y al Estado lo que es del Estado”⁸.

A continuación, presentaré resumidamente el derecho de divorcio peruano, para luego compararlo con el derecho de divorcio alemán, dividiendo este último en el desarrollo legislativo del principio de culpa – de mucho interés para nosotros, ya que allí se encuentran las raíces de nuestro contradictorio derecho de divorcio – un análisis crítico del mismo; luego pasaré a presentar el “nuevo” derecho de divorcio alemán (principio de desavenencia), así como la crítica a ese sistema, luego de siete años de experiencia. El final lo conforman reflexiones sobre nuestro derecho de divorcio en comparación con el principio de desavenencia, así como propuestas generales para su reforma.

B) El Derecho de Divorcio Peruano

I) El Divorcio por Culpa

Nuestro sistema de divorcio se basa en diversas concepciones. Así, tenemos, por un lado, al matrimonio comprendido como la sociedad de por vida, célula fundamental de la sociedad, que tan sólo se disolverá en casos especiales y excepcionales; es decir, si uno de los cónyuges falta a sus deberes matrimoniales configurando una causal de divorcio y el otro cónyuge demanda el divorcio. Como falta a los deberes matrimoniales se consideran el adulterio, la sevicia, el atentado contra la vida del cónyuge, el abandono malicioso de la casa conyugal por más de dos años continuos, la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común y la condena privativa de la libertad mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio. En la sentencia del matrimonio debe determinarse a la/el culpable. De eso dependerán las consecuencias del matrimonio. Este vendría a ser, en pocas palabras, el principio de culpa.

II) El Divorcio por Mutuo Disenso

Paralelamente, existe la posibilidad de un divorcio “convencional”. Si ambos cónyuges desean el divorcio y el matrimonio fue celebrado hace más de dos años desde entonces, pueden ser divorciados “sin culpa”. El divorcio convencional nace de la idea del matrimonio como relación contractual civil (*contractus civilis*), permitiendo el divorcio por consen-

⁸ EID, Ob. cit., pág. 168.

timiento mutuo. El matrimonio es igualado a un contrato cualquiera donde, de surgir cualquier razón que lleve a las partes a desear terminar con el contrato, se procederá a su disolución. Esta concepción del matrimonio contradice al principio de culpa. Más aún: cuál de estas concepciones representa la idea de matrimonio contenida en nuestra Constitución? Habría que reflexionar sobre si es saludable que concepciones tan distintas como contradictorias coexistan en un mismo ordenamiento jurídico

III) La Separación de Cuerpos

Ya sea como etapa transitoria en camino al divorcio o como la única posibilidad para aquéllos que por razones religiosas, por ejemplo, desean separarse pero no divorciarse, ofrece nuestro Código Civil la tercera concepción del matrimonio a través de la separación de cuerpos. El vínculo matrimonial subsiste, pero la separación pone término a los deberes conyugales relativos al lecho y habitación y disuelve la sociedad conyugal.

Estas tres posibilidades aparecen a continuación en el desarrollo legislativo del principio de culpa. Es interesante reconocer las raíces y fuentes de tan diversas concepciones sobre el matrimonio, así como la forma en que la crítica al principio de culpa fue tomando cada vez más peso, lo que finalmente condujo a adoptar el principio de desavenencia.

C) *El Derecho de Divorcio Alemán*

I) El Principio de Culpa

Inicialmente, sólo se podía obtener el divorcio en Alemania si uno de los cónyuges (o ambos), habían ocasionado culpablemente el fracaso del matrimonio. La demanda de divorcio sólo podía basarse en determinadas causales específicas.

1) Culpa "Pura"

En el siglo X consiguió la Iglesia Católica la jurisdicción absoluta en la materia de divorcio, el cual se rigió desde entonces por el derecho canónico, y en base al principio de la indisolubilidad del matrimonio. Los reformadores como Lutero, que negaron el carácter sacramental del matrimonio, permitieron el divorcio por adulterio. Esta posibilidad pronto abrió campo a otras más: abandono malicioso del hogar, injuria grave e incumplimiento de los deberes matrimoniales. La Epoca del Esclarecimiento, o el así llamado Siglo Filosófico (S. XVIII), contemplaba al matrimonio como una simple relación contractual de derecho

civil (*contractus civilis*), permitiendo así la aparición de un derecho de divorcio secular y estatal. En ese entonces existía en el Código Civil francés la posibilidad de divorcio por consentimiento mutuo (*consentement mutuel*).

El Código Civil alemán (BGB) de 1900 buscaba el "término medio" entre las posiciones de la Iglesia y la de los liberales. El resultado: limitó las causales de divorcio a faltas graves o absolutas a los deberes matrimoniales (adulterio, actos contra natura, atentado contra la vida del cónyuge y abandono malicioso del hogar), culpabilidad en el fracaso del matrimonio, conducta deshonrosa e inmoral y enfermedad mental. La última causal era una excepción al principio de culpa.

Es interesante comprobar que nuestro Código Civil de 1936 ha adoptado todas las concepciones: En el art. 247, incs. 1-7, hemos tomado las causales de divorcio producto de la reformatión, en el inc. 10, la concepción liberal francesa del matrimonio y el divorcio. Por último, en el art. 269 y ss. la concepción católica del "divorcio" consistente en la disolución de la sociedad conyugal, subsistiendo el vínculo matrimonial (*separatis quoad torum ad mensam*).

Los problemas que surgieron de la limitación de las causales de divorcio, "provocaron después de la Primera Guerra Mundial un movimiento reformativo del divorcio que pretendía introducir la causal de divorcio por desavenencia"⁹. Existiendo el deseo de divorciarse faltaba, sin embargo, una causal válida en qué sustentar la demanda; lo que llevaba a una simulación de abandono malicioso o, en general, a una manipulación de las causales de divorcio. Ya que tanto el derecho de alimentos como la patria potestad dependen de la determinación de culpa, se producían amargas batallas al decidir quién tenía la culpa del divorcio.

2) El Principio de Culpa y la Desavenencia

a) Evolución:

En 1938 dejó de pertenecer el derecho matrimonial y de divorcio al BGB, siendo normado en una ley especial (EheG). Esta nueva ley matrimonial eliminó las causales absolutas de divorcio, orientándolas así según la individualidad de cada matrimonio. Creó más causales de

⁹ GRUNDMANN, KUNSI. *Evangelisches Staatslexikon* (Lexicón estatal evangélico), pag. 344. Berlín 1966.

de divorcio, mejoró el derecho de alimentos e hizo que la asignación de la patria potestad fuera independiente de la determinación de culpa.

Se mantuvo el principio de culpa, pero se creó paralelamente una nueva causal: la desavenencia. No se puede decir, sin embargo, que "esta ley matrimonial de 1938 haya provisto el divorcio de un matrimonio debido tan sólo a una profunda e insuperable desavenencia conyugal"¹⁰. Tampoco era posible, como en nuestro CC, el divorcio por mutuo disenso. Los cónyuges sólo podían valerse de (simular) una de las causales específicas de divorcio. Pero, el principio de culpa seguía siendo el único principio de divorcio, a excepción de la enfermedad mental.

Concretamente, el derecho matrimonial evolucionó de la siguiente manera: Las causales de divorcio fueron fuertemente influenciadas por ideas nacional-socialistas. En el derecho de alimentos se mantuvo la obligación de pasar alimentos para aquel cónyuge que motivó el divorcio (cónyuge culpable) y en caso de igualdad de culpa se introdujo un principio de equidad para el cónyuge necesitado (como el art. 263 CC). Se introdujo la causal de divorcio por desavenencia, según la cual se podía demandar el divorcio en caso de una separación conyugal mayor de tres años; al cónyuge "inocente" se le otorgó un derecho de contradecir la demanda de divorcio en caso de no querer acceder a él y de no haber motivado la separación. De esta manera, el divorcio dependía de que el matrimonio haya fracasado, pero sin prescindir de la determinación de culpa.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, los aliados modificaron la ley matrimonial de 1938, en el sentido de que hacen depender el divorcio por desavenencia objetiva de los intereses de los hijos. Al confirmar el derecho otorgado al cónyuge inocente a contradecir la demanda, tiene como efecto que en la práctica se prescinda del divorcio por desavenencia objetiva, regresando a la antigua tradición del divorcio basado en el principio de culpa (aunque ésta sólo simulada).

3) Crítica

Contra el principio de culpa se argumenta lo siguiente:¹¹

a) La comprobación de la culpa en el divorcio es difícil de realizar: "La culpabilidad en el divorcio depende de la actitud emocional de los cón-

10 CREIFELDS. Rechtswörterbuch. (Diccionario y Lexicón Jurídico), 3. Edición, pág. 291. München 1973.

11 EVANGELISCHE KIRCHE DEUTSCHLAND. RAT der, Ob. cit. pág. 2.

yuges, de las raíces interiores de su conducta y de circunstancias causales y variables”¹². Los cónyuges, a pesar de haber llevado un largo matrimonio, no son capaces de reconocer todas las causas que llevaron a la profunda desavenencia ni de presentarlas frente al tribunal. Determinar si una primera falta a los deberes matrimoniales como adulterio, por ejemplo, fue la causa de desavenencia conyugal o sólo una causa de una serie de acciones anteriores, queda fuera del alcance del juez. El principio de culpa “fracasa de esa manera debido a la complejidad de las relaciones humanas y de la limitación de la capacidad de cognición del juez sobre esos problemas”¹³. Para evitar todo esto, “se recurre por lo general a acontecimientos conyugales recientes, sin considerar ni discutir problemas más profundos o anteriores”¹⁴. Lamentablemente no se obtiene, de esta manera, una imagen exacta de la realidad, despertando así serias dudas sobre la efectividad de ciertas sentencias.

b) Falta una norma que determine cuándo es que una conducta se convierte en falta a las obligaciones matrimoniales: Mientras las obligaciones matrimoniales estén reguladas, existirá una norma que, independientemente del tipo de matrimonio, determine cuándo se debe considerar la conducta de un cónyuge como falta a los deberes matrimoniales. De la concepción del matrimonio como una relación para toda la vida, que comprende todas las manifestaciones de la personalidad dentro de esa sociedad conyugal, se deja deducir un marco de obligaciones morales básicas que tienen validez para todo matrimonio, como el respeto y la asistencia mutuos, por ejemplo. Este marco no debe obligar a los cónyuges, sin embargo, a someterse a normas valorativas sociales producto de minorías influyentes o tradiciones obsoletas, sino más bien debe servirles de punto de partida para la formación individual de su matrimonio.

c) Se considera desagradable el que el juez investigue la zona íntima de las relaciones conyugales: El principio de culpa obliga al juez a buscar las causas y la culpa del fracaso conyugal, introduciéndose así en la zona íntima de la vida conyugal. Por otro lado, en la lucha de un cónyuge contra el otro con el fin de conseguir una sentencia favorable, “se sacan muchos trapitos sucios al aire”¹⁵. De esta manera, se convierte la deter-

12 HAX, LUKE, WOLF. *Scheidung und Scheidungsrecht (Divorcio y Derecho de Divorcio)*, pág. 225, Tübingen 1959.

13 MIKAT. *Scheidungsrechtsreform in einer pluralistischen Gesellschaft (Reforma al Derecho de Divorcio en una sociedad pluralista)*, pág. 337, FRZ 1970.

14 VERHANDLUNGEN DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES. Ob. cit. pág. 72.

15 MIKAT. Ob. cit., pág. 337.

minación de culpabilidad decisiva para fijar los efectos del divorcio, "en algo insoportable para las partes" ¹⁶. De otro lado, establece nuestra Constitución que toda persona tiene derecho "al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" (art. 2, inc. 5). Dado que no siempre se podrá esperar un resultado judicial que corresponda a la verdad de los hechos, no se justifican ni el esfuerzo ni la molestia a que se someten las partes.

d) El pleito entre los cónyuges se agrava innecesariamente: Si el divorcio y los efectos del mismo dependen de la culpabilidad de uno de los cónyuges, se ven éstos obligados a echarse la culpa y a exagerar el peso de las faltas cometidas por el otro cónyuge, aun a sabiendas de que por lo general el fracaso del matrimonio se debe a razones totalmente distintas de las expuestas. Esto lleva a algunos a argumentar que "un procedimiento que obliga a uno de los cónyuges a elevar cargos en contra del otro, da mucho que pensar" ¹⁷. El pleito por la determinación de culpabilidad implica, de esta manera, un endurecimiento de las relaciones conyugales, envenenándose el contacto entre ambos, con lo que la reconciliación se convierte en algo casi imposible.

e) Se sobreestima el valor que tiene la determinación de culpa: A pesar de las dificultades que existen para determinar las causas del fracaso del matrimonio y la culpabilidad de uno de los cónyuges, a la sentencia que fija la culpabilidad se le asigna, en lo referente a los efectos del matrimonio, un excesivo valor. Esta culpa tan difícil de probar se convierte en el criterio para, por ejemplo, asignar a uno de los cónyuges la patria potestad. En este caso sería más conveniente adoptar un criterio según el cual se le asigne la patria potestad a aquel cónyuge con mayor capacidad para educar a los hijos. No la culpa sino el bienestar de los hijos debe ser el criterio determinante.

f) A través del principio de culpa se altera la imagen del matrimonio: El error del principio de culpa consiste en considerar el matrimonio "como una institución que sirve a fines impersonales del Estado, el pueblo o la sociedad - de lo que se concluye que la autoridad respectiva, competente para la conservación de dichos fines, asume también competencia en la

16 CREIFELDS. Ob. cit., pág. 312, 7. Edición, München 1983.

17 WATZKA. Die Kirchen und die Reform des staatlichen Ehescheidungsrechts (Las Iglesias y la reforma de la ley estatal de divorcio), pág. 73, FRZ 1972.

18 VERHANDLUNGEN DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES. Ob. cit. pág. 73.

formación del matrimonio”¹⁹. Como resultado se obtiene la adulteración del contenido individual, propio y humano del matrimonio, basado en las relaciones personales entre los cónyuges. Y es que la metodología del principio de culpa conduce a que el matrimonio, prescindiendo de su carácter de sociedad natural, se convierta en una relación de compromisos y obligaciones mutuas, desdoblándolo individualmente”²⁰. El acentuar toda conducta culpable subraya estas obligaciones mutuas, disminuyendo así el valor de la comunidad humana conyugal. El contenido esencial del matrimonio “es contrario a que conductas que impliquen faltas matrimoniales, sean determinantes en el fracaso de la sociedad conyugal”²¹. Determinante para un divorcio debe ser no una falta o culpa, sino una profunda e insuperable desavenencia que haga fracasar todo intento por mantener la sociedad conyugal.

g) El divorcio simulado hace que el principio de culpa promueva la deshonestidad y la falsedad: El divorcio simulado (En Alemania cerca del 80 o/o de los casos !) consiste en que “el cónyuge demandado no contradice la demanda basada en faltas matrimoniales graves inventadas, como abandono malicioso del hogar o adulterio”²². Debido a estos acuerdos previos al divorcio, basados en que uno de los cónyuges asume la “culpa”, “no sólo se burla el derecho de divorcio, sino que se fomenta además demasiada hipocresía y falsedad como para hablar de respeto al derecho”²³. Esto conduce a que la “verdad” encontrada por el juez transforme el juicio de divorcio en una farsa.

Resumiendo, puede decirse que por lo general es difícil determinar la culpa, y que aun si esto fuera posible significaría una intromisión en la zona íntima de las relaciones conyugales de tal naturaleza que atentaría contra el honor y la esencia del matrimonio. El principio de culpa resulta siendo, como principio que rige el matrimonio, impracticable e inadecuado.

II) El Principio de Desavenencia

El 1 de Junio de 1977 entró en vigor la nueva ley de divorcio alemana, como parte de una reforma al derecho matrimonial. La ley

19 HAX, LUKE, WOLF. Ob. cit. pág. 230.

20 HAX, LUKE, WOLF. Ob. cit. pág. 306.

21 HAX, LUKE, WOLF. Ob. cit. pág. 306.

22 CREIFELDS. Ob. cit. pág. 292, 3a. Edición, München 1973.

23 MIKAT. Ob. cit., pág. 337.

matrimonial (EheG) fue incorporada nuevamente al BGB. Las reformas más resaltantes fueron las siguientes:

– Se reemplazó el principio de culpa por el principio de desavenencia, el cual contiene una única causal de divorcio: el fracaso matrimonial (art. 1565 BGB).

– La obligación de pasar alimentos después del divorcio no depende de la culpa, ya que al momento de dictar sentencia no se considera en absoluto a la culpa.

– Después de divorciados, se lleva a cabo una compensación de gananciales, por medio de la cual se igualan las ganancias de los cónyuges obtenidas durante el matrimonio (art. 1363 ss. BGB).

– También tendrá lugar una compensación de rentas, con el fin de asegurar los casos de vejez e imposibilidad de trabajo (art. 1587 ss. BGB).

A continuación pasaré a describir un poco más ampliamente el “nuevo” derecho de divorcio, no sólo con el fin de comparar sus ventajas y desventajas, sino también con el fin de intentar responder a la pregunta de si se justificó la reforma y de hasta qué punto podría favorecernos una reforma parecida.

1) Requisitos para el Divorcio

Como dije anteriormente, la única causal de divorcio es el fracaso matrimonial. Se presume que un matrimonio ha fracasado si no subsiste una relación conyugal, ni la esperanza de que ésta se restablezca en el futuro (art. 1565, I BGB). Quiere decir que no cualquier desavenencia sino sólo una desavenencia definitiva e insalvable es la que tipifica a la única causal de divorcio.

Las causas de esta desavenencia pueden ser múltiples: “Sobre todo cuentan las faltas matrimoniales graves, usadas en el principio de culpa, como lesionar gravemente la fidelidad matrimonial o el derecho de asistencia mutua, o negarse a continuar las relaciones conyugales, etc.”²⁴. Sin embargo, no juega la culpabilidad papel alguno. Decisivo para el fracaso o la desavenencia del matrimonio son las relaciones individuales entre los cónyuges, es decir, la imposibilidad bi- o unilateral de vivir en común.

El fracaso matrimonial debe ser probado por la/el que solicita el divorcio. Con el fin de facilitar esta probanza, así como las investigaciones del juez, y con el fin de objetivar el procedimiento de divorcio, la nueva

24 CREIFELDS. Ob. cit., pág. 311. 7a. Edición, München 1983.

ley de divorcio contiene dos circunstancias en base a las cuales se presume que el matrimonio ha fracasado: La primera consiste en que los cónyuges vivan más de tres años separados (art. 1566, II BGB). De solicitar ambos cónyuges el divorcio o de no contradecir uno de los cónyuges la solicitud de divorcio del otro, se reduce este término a un año (art. 1566, I BGB). Una convivencia conyugal de poca duración, que podría haber servido para una reconciliación, pero fracasó, no interrumpe ni suspende estos términos (art. 1567, II BGB). De no vivir siquiera un año separados, se otorgará excepcionalmente el divorcio en los casos en que la continuación de la vida conyugal, por razones graves, sea imposible para uno de los cónyuges (art. 1565 II BGB). A través de estos términos se pretende impedir divorcios precipitados e impensados, así como excluir la posibilidad de "crear" el fracaso matrimonial con el fin de conseguir un divorcio rápido.

La ley define también cuándo es que se considera que los cónyuges viven separados: Esta condición se presenta cuando no existe una vida conyugal común y uno de los cónyuges se niega rotundamente a restablecerla (art. 1567, I BGB). Una separación por negocios o involuntaria no se considera como tal para efectos de la ley de divorcio.

Las presunciones de fracaso matrimonial son *iure et de iure*, es decir, no aceptan prueba en contrario (art. 1566 BGB). La experiencia recogida por los tribunales demuestra que un matrimonio ha fracasado de estar separados los cónyuges por más de tres años. Esta presunción se basa no sólo en el hecho de no vivir en el mismo lugar sino, sobre todo, en la intención de no querer vivir más con el otro cónyuge, intención que se demuestra a más tardar al momento de presentar la solicitud de divorcio.

El principio de desavenencia puede ser en ciertos casos un poco injusto. Es por eso que, basándose en una "cláusula de inconveniencia o injusticia", el juez puede denegar la solicitud de divorcio si es que éste significaría una grave injusticia o inconveniencia para el otro cónyuge (art. 1568, I BGB). Cuanto mayor sea el tiempo en que los cónyuges hayan vivido separados, menos se justificará la aplicación de esta cláusula, ya que la injusticia o inconveniencia surge no con la sentencia de divorcio sino con la separación anterior al divorcio. De surgir, a raíz del divorcio, injusticias de orden económico, se las remediará en base a un derecho alimenticio mejorado, previsión social, etc.

En base a la misma cláusula se negará el divorcio a pesar de haber fracasado el matrimonio, siempre y cuando la conservación del matrimonio sea necesaria y favorable al bienestar de los hijos. El interés de los

hijos debe tenerse en cuenta de oficio y puede, inclusive, oponerse a una solicitud de divorcio presentada por ambos cónyuges. El elemento determinante será entonces el que el divorcio pueda afectar negativamente a los hijos. Esto quiere decir que no se concederá el divorcio "si es que a través de él se empeoran gravemente las condiciones del hogar, educativas, emocionales o económicas de los hijos, de tal manera que, en general, sufra el bienestar de los hijos un grave menoscabo"²⁵.

2) Efectos del Divorcio

a) El derecho de alimentos: se prescindió del elemento de culpa, favoreciéndose así a los cónyuges económicamente débiles, al otorgárseles un derecho que permita un nivel de vida adecuado. De esta manera trasciende la responsabilidad de los cónyuges hasta después del divorcio, con lo que sobre todo la posición de la mujer, que no trabajó ni ejerció profesión alguna sino fue ama de casa, se mejora considerablemente. En forma resumida puede decirse que el derecho a alimentos se reduce a los siguientes principios:

– Después del divorcio no se dará alimentos, salvo casos excepcionales (art. 1569 BGB). Con esta medida se logra que cada cónyuge intente mantenerse a sí mismo. Se da la excepción si uno de los cónyuges:

- 1) se encarga de educar y cuidar a hijos comunes (art. 1570 BGB);
- 2) si por avanzada edad o enfermedad está imposibilitado de ejercer una profesión o realizar un trabajo adecuados (arts. 1571 y 1572 BGB);
- 3) si no encuentra trabajo adecuado (art. 1573 BGB);
- 4) si realiza un estudio o profundiza estudios anteriores interrumpidos por el matrimonio o se readapta profesionalmente en base a cursos especiales (art. 1575 BGB).

– El derecho de alimentos del cónyuge divorciado tiene preferencia sobre el derecho a alimentos del nuevo cónyuge (art. 1582, I BGB).

– El derecho a alimentos comprende todas las necesidades de la vida. El nivel de vida llevado durante el matrimonio (sobre todo si éste fue de larga duración) será determinante para calcular el monto a concederse (art. 1578 BGB).

– Surge nuevamente un derecho a alimentos si fracasa el intento de reincorporación a la vida laboral (art. 1573, IV BGB).

b) Compensación de Bienes²⁶: Los cónyuges que viven bajo el régimen patrimonial de la comunidad de gananciales (régimen legal en

25 SCHWAB. Familienrecht (Derecho de Familia), pág. 130, Regensburg 83.

26 SCHLUTER. Familienrecht (Derecho de Familia), pág. 68, Heidelberg 1983.

Alemania –arts. 1363 ss. BGB) serán tratados como solteros; ya que, inclusive, después de la celebración del matrimonio conservan ambos cónyuges la propiedad casi absoluta sobre sus bienes.

Mientras los cónyuges hagan vida en común tendrán derecho a la copropiedad de la vivienda conyugal y de los bienes domésticos que utilicen ambos (art. 866 BGB). Mantienen propiedad absoluta sólo sobre los bienes que utilicen cada uno para su uso personal o sobre aquellos bienes mantenidos bajo seguridad.

Terminada la comunidad de gananciales, se procederá a comparar los gananciales obtenidos por los cónyuges durante el matrimonio (art. 1363, II BGB). La compensación de ganancias opera en forma similar a la compensación de rentas (la que se presenta luego de otorgado el divorcio). La compensación se basa en el principio de que ambos cónyuges deben participar en las ganancias obtenidas por los dos durante el matrimonio, independientemente de la forma en que se repartieron las tareas y obligaciones en el matrimonio.

La compensación presenta tan sólo una cantidad numérica obtenida de la siguiente manera: se calcula la cantidad de dinero que representa las ganancias obtenidas por cada cónyuge durante el matrimonio, y de obtener uno de los cónyuges mayores ganancias que el otro, cederá la mitad de la diferencia al otro cónyuge (art. 1378, I BGB).

c) **Compensación de Rentas:** Luego del divorcio surge la inseguridad social de la mujer en la gran mayoría de los casos, ya que no puede prescindir del derecho a alimentos. Al pensionarse el marido disminuye su capacidad económica y con ella el monto de dinero que pasa a la mujer por alimentos. De la renta del marido, en parte producto de la participación de la mujer, no obtiene ésta beneficio alguno, a pesar de que el marido no hubiera logrado igual rendimiento de no contar con la ayuda de su mujer, en ese entonces. Todo esto lleva a considerar como justo y equitativo el que la mujer participe, después del divorcio, de las rentas del marido; ya que, teóricamente, ésta es producto del trabajo de ambos. La compensación de rentas se lleva a cabo en forma independiente al derecho a alimentos así como al régimen patrimonial conyugal. Esto implica que las expectativas de rentas futuras se compararán y el cónyuge, con menor o ninguna renta, tendrá derecho a la mitad de la diferencia. Según el tipo de renta se determinará un tipo de compensación distinta.

d) **Patria Potestad:** No la culpa sino tan sólo en bienestar de los hijos será el criterio para determinar cuál de los cónyuges (o ambos) será(n) el titular de la patria potestad.

e) Apellido Conyugal: Según la nueva ley de divorcio pueden conservar los cónyuges, si así lo desean, el apellido conyugal, aun cuando uno de ellos lo haya adquirido a raíz del matrimonio. "Una obligación de cambiar el apellido sería un castigo injusto e inadecuado al haberse prescindido de la culpa, además de que haría que el divorcio sea innecesariamente público"²⁷. De contraer uno de los cónyuges divorciados nuevo matrimonio, no podrá conservar el apellido del matrimonio anterior, salvo que sea el de soltera/o.

f) El Procedimiento de Divorcio: La derogación del principio de culpa también produjo reformas en el derecho procesal. Si bien se mantuvo el principio de que el matrimonio sólo se podrá divorciar por medio de una sentencia, no se requiere de una demanda de un cónyuge contra el otro, ya que el divorcio no es más un procedimiento contencioso. Es por eso que hasta ahora sólo he hablado de "solicitud" de divorcio y no de "demanda" de divorcio. Esto quiere decir que, por lo general, se dividen los cónyuges las costas del proceso.

Una innovación aún más importante es la unión del procedimiento en sí con la sentencia que contiene los efectos del divorcio. Al momento de sentenciar deberán haberse tratado concienzudamente todos los efectos del divorcio con los cónyuges. Con esto se pretende lograr que los cónyuges tengan una idea clara de lo que les espera – con énfasis en lo económico y la patria potestad – para así evitar divorcios precipitados y permitir que los cónyuges reflexionen sobre su decisión.

3) Crítica

La crítica será el medio para demostrar hasta qué punto han sido solucionados o resueltos los problemas del principio de culpa, así como para presentar las ventajas y desventajas del nuevo principio de desavenencia.

Una de las grandes desventajas del principio de culpa era que resultaba difícil determinar la culpabilidad de uno de los cónyuges (pag. a). Dado que en el principio de desavenencia no juega la culpa papel alguno, se podría decir que se ha solucionado el problema. Pero esto no es del todo cierto, ya que ahora surge con el nuevo principio, el problema de determinar el contenido o significado del término "desavenencia matrimonial profunda e insalvable": el punto débil del nuevo principio es que la cláusula general (fracaso del matrimonio) "se basa en un pronóstico o

27 VERHANDLUNGEN DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES. Ob. cit., pág. 119.

circunstancia aproximados y no en un criterio unívoco y objetivamente comprobable”²⁸.

Algo parecido se puede decir en lo tocante al tema de las “faltas matrimoniales”: en el principio de culpa faltaban criterios para fijar cuándo es que una conducta era tipificable como falta matrimonial y cuándo no (pág. b). Con excepción de las presunciones de fracaso matrimonial, no se podría decir que el principio de desavenencia haya solucionado el problema. También bajo el régimen del nuevo sistema subsistirá el hecho de que para cada matrimonio rigen otros valores, requisitos, criterios y normas según los cuales ha fracasado un matrimonio.

Por lo tanto, se puede decir sobre el nuevo principio que si bien parece ser adecuado para lograr una objetivación del proceso de divorcio y del divorcio en sí; o para evitar dificultades al juez al intentar éste determinar la culpa; o para evitar los reproches y pleitos así como las simulaciones entre los cónyuges, padece el nuevo principio de ciertos peligros o desventajas: la deseada objetivación del divorcio puede llevar a un automatismo y a injusticias sociales graves. No hay que olvidar que la aplicación consecuente de un principio jurídico (como la cláusula general en el principio de desavenencia) puede contradecir al principio de equidad o justicia individual.

Así el “automatismo” de los términos toma características peligrosas, ya que permite a los cónyuges “calcular” la duración de su matrimonio; lo que contradice al concepto del matrimonio como relación para toda la vida.

También resulta peligroso el que aquel cónyuge, que de acuerdo a los criterios del principio de culpa sea “culpable”, base la solicitud de divorcio en hecho propio, consiguiendo inclusive el divorcio contra la voluntad del cónyuge “inocente”, aun cuando éste no quedaría del todo desamparado, debido a las regulaciones sobre derecho a alimentos y compensación de rentas, entre otras.

Las presunciones de fracaso matrimonial —o sea, términos que una vez transcurridos permiten asumir el fracaso del matrimonio— son de gran ayuda y pueden ser positivas. En nuestro Código Civil conocemos al abandono malicioso por más de dos años como causal de divorcio (art. 247, inc. 5). Dentro del principio de desavenencia, estos términos cumplen una

28 NEUHAUS. Ehescheidungsreform? (Reforma al Derecho de Divorcio?) pág. 350, FRZ 1970.

función protectora al evitar, por ejemplo, que matrimonios jóvenes "tomen decisiones precipitadas y deseen divorciarse, sin haber intentado siquiera vencer las dificultades iniciales de todo matrimonio" ²⁹.

Sin embargo, el que estos términos sean *iure et de iure*, es decir, que no acepten prueba en contrario, da mucho que pensar y a mi entender pueden tener consecuencias negativas. Si bien defienden algunos la irrefutabilidad por no ser inconstitucional, "ya que la separación equivale prácticamente al fracaso matrimonial, y la posibilidad de divorciar matrimonios fracasados es prácticamente remota" ³⁰, opino que no debería quitársele al juez la posibilidad de formarse una opinión propia sobre el estado del matrimonio. Además, "hay que darle al cónyuge que no está de acuerdo con el divorcio, la oportunidad de demostrar y probar que en su caso, y a pesar de una separación efectiva de tres años, no se puede hablar de una desavenencia profunda e insuperable" ³¹. De lo contrario, bastaría en algunas ocasiones un robot "divorciador" en vez de juez, que otorgue el divorcio si es que han transcurrido los términos respectivos!

Otra crítica realizada contra el principio de culpa era que el juez se entrometía demasiado en la zona íntima de las relaciones conyugales (pág. c). Algunos comentan que de tomarse en serio la probanza de la cláusula general del principio de desavenencia "continuarían las manifestaciones vergonzosas y las molestias que dieron lugar a queja en el principio de culpa" ³². Esto no corresponde del todo a la verdad, ya que si bien es cierto que la comprobación del fracaso del matrimonio requiere de una cierta intromisión en las relaciones conyugales, el juez está exonerado de determinar cuál de los cónyuges es el culpable, y esa es la gran diferencia.

También se le criticó al principio de culpa el que se agravaba innecesariamente el pleito entre los cónyuges al momento de divorciarse (pág. d). Esto se debía a que los efectos del matrimonio dependían de la determinación de culpabilidad de uno de los cónyuges (o de ambos), lo que envenenaba las relaciones entre los cónyuges. Este problema ha sido solucionado satisfactoriamente por el principio de desavenencia, ya que ahora

29 WATZKA, Ob. cit. pág. 75.

30 MUNCHENER KOMMENTAR zum BGB (Comentario de Múnich del CC), pág. 602, München 1983.

31 DEINHARDT, Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetzes ... (Contemplaciones críticas sobre un proyecto de ley ...), pág. 281, FRZ 1971.

32 LANGE, Zum Entwurf des 1. EheRG (Sobre el proyecto de ley de Divorcio), pág. 488, FRZ 1971.

la asignación para el bienestar de los hijos, depende de la patria potestad; y el derecho de alimentos depende de las necesidades de los cónyuges y de los hijos. Con esto se evitan pleitos innecesarios, ya que se aplican criterios más justos y lógicos.

Otro de los argumentos que se adujeron en contra del principio de culpa fue el que su aplicación en la práctica alteraba el concepto del matrimonio (pág. f). En el nuevo principio, más que las obligaciones matrimoniales, cuenta el que exista o no comunidad en las relaciones conyugales. Con esto se acentúa correctamente lo esencial en el matrimonio: la comunidad y relación personal entre los cónyuges.

Finalmente, el principio de culpa conducía (o seducía) a falsedad, hipocresía y simulación (pág. g). En base a las estadísticas expuestas al final de este trabajo, se puede comprobar la efectividad del nuevo principio: no que ahora se divorcien menos matrimonios sino que el divorcio se realiza en forma sincera y leal, respetando las regulaciones jurídicas.

En conclusión; puede decirse que el nuevo principio de desavenencia logró solucionar algunos problemas. a pesar de que no es perfecto (qué derecho o ley lo es?).

A continuación trataré de detallar un poco más las desventajas y lados negativos de este nuevo principio.

Al ser promulgada la nueva ley de divorcio, algunos adujeron que era inconstitucional; ya que atentaba contra el art. 6 de la Constitución alemana (Protección al matrimonio y la familia, de contenido parecido al art. 5 de nuestra Constitución).

El Tribunal de Garantías Constitucionales alemán, en sentencia emitida el 28.2.80, confirmó la constitucionalidad de la nueva ley. La fundamentación fue como sigue: "El principio del matrimonio como relación de por vida, principio que fue tomado como concepto básico en la nueva ley matrimonial y de divorcio, contempla al matrimonio como una promesa de ambas partes que revela la intención de crear una sociedad o comunidad para toda la vida. Sin embargo, no hay que excluir la posibilidad de que al intentar realizar esas intenciones y promesas, ya sea por causas del destino o responsabilidad propia, se puede fracasar en tan difícil misión. Los matrimonios pueden "romperse" sin que las leyes puedan obligarlos a mantenerse o rehacerse. La protección constitucional al matrimonio contempla de esta manera al matrimonio; no en forma abstracta, sino de acuerdo a su expresión real. Esta tiene al matrimonio

burgués y secular como base, al que pertenece el divorcio, entre otras razones, para alcanzar así la libertad de contraer un nuevo matrimonio. De acuerdo a estas consideraciones, sobre el derecho constitucional, no se puede concluir que el principio de desavenencia cuestiona la institución del matrimonio a través de un aligeramiento del divorcio, sino que convierte al divorcio en un procedimiento más humano, auténtico y objetivo. La transición al principio de desavenencia implica ciertamente reformas esenciales en el derecho de divorcio; sin embargo, fue esa la única manera de adoptar el principio de la profunda e insuperable desavenencia comprobable en base a circunstancias objetivas, como principio rector del divorcio, sin transgredir los límites del art. 6 de la constitución”³³.

El principio y la cláusula general dieron lugar a una fuerte crítica: “Una solución así no es compatible con la idea moral del matrimonio como sociedad conyugal, ya que desprecia los deberes de cada cónyuge, así como a la toma de responsabilidad, que están relacionados íntimamente con el matrimonio”³⁴. O también: “El ordenamiento jurídico no debería obviar la posibilidad de que el ser humano pueda ser culpable. Un ordenamiento jurídico que desconoce la responsabilidad y la culpabilidad degrada al ser humano a un grado patológico”³⁵.

Probablemente, ambos autores tendrían razón, de aplicarse la nueva ley en forma “pura” (es decir una aplicación consecuente del principio regulado en la cláusula general). Pero éste no es el caso. De un lado, no pueden el Estado o la ley imponer responsabilidad o moral; en todo caso pueden castigar o sancionar al irresponsable o inmoral (a pesar de que es dudoso si con esos métodos se obtendrían mejores matrimonios). De otro lado, no sólo se basan el derecho a alimentos y la compensación de rentas en la responsabilidad de los cónyuges; el principio de desavenencia no es (no puede ser) aplicado en forma “pura”, ya que esto implicaría una serie de injusticias.

Este último punto creó una serie de preocupaciones, ya que se temía que el nuevo principio se transformaría en un “principio de repudio”. “De no limitarse la aplicación del principio de desavenencia, se conver-

33 LEHMANN, HENRICH. Deutsches Familienrecht (Derecho Familiar Alemán), pág. 466, 3a. Edición, Berlín 1960.

34 LEHMANN, HENRICH. Ob. cit., pág. 130.

35 MIKAT. Ob. cit., pág. 340.

tirá en un medio legal para el repudio unilateral. Un cónyuge malintencionado necesitaría tan sólo adoptar una conducta que haga fracasar el matrimonio, para deducir, de esta forma, un fácil camino para el divorcio”³⁶.

La limitación de que habla el autor es la “cláusula de inconveniencia”, cuya formulación y contenido provocó interminables discusiones, planteándose inclusive demandas de inconstitucionalidad contra las cláusulas de la nueva ley. Algunos, acentuando radicalmente el principio de desavenencia, rechazaban la cláusula de inconveniencia argumentando que era introducir “por la puerta falsa” el derogado principio de culpa. Este punto de vista no es del todo correcto: primero, porque el principio de desavenencia no puede aplicarse en forma pura; segundo, que “en caso de presentarse una gran injusticia (culpa evidente), se investigarían las causas que llevaron al fracaso matrimonial así como el grado de responsabilidad de los cónyuges”³⁷; y estos casos conforman una minoría, tal como se puede apreciar en las estadísticas. Por eso, no es correcto afirmar que se debe derogar la cláusula de inconveniencia, ya que gracias a esta cláusula es que el principio de desavenencia puede convertirse en un principio justo y equitativo, logrando un mayor equilibrio al proteger en forma adecuada a aquéllos perjudicados en forma material o inmaterial.

Finalmente, merece reconocimiento el que la cláusula de inconveniencia haya considerado la situación de los hijos como eventual “inconveniencia” o injusticia. Algunos opinan que sólo una familia armoniosa y ordenada puede servir al bienestar de los hijos y no padres que conservan las apariencias pero en el fondo conforman un matrimonio fracasado, ya que esto causaría aún más daño a los hijos. Pienso que esta tesis no es del todo correcta, ya que debería tratarse de “reflexionar sobre el daño que ocasiona a los hijos cuando los padres se divorcian”³⁸. Con criterios de esta naturaleza es que se incorporó, felizmente, la situación de los hijos.

En lo referente a los efectos del divorcio —y sin considerar la complicada y burocratizada compensación de rentas— creó la cláusula de inconveniencia negativa (art. 1579 BGB, en su inciso 4to.). “No se dará derecho a alimentos de considerarse esta obligación como una grave injusticia,

36 WATZKA, Ob. cit., pág. 78.

37 DEINHARDT, Ob. cit., pág. 282.

38 DEINHARDT, Ob. cit., pág. 283.

de presentarse una razón de gravedad similar a la de los incs. 1 - 3³⁹". Las dudas sobre esta reglamentación surgen al estar obligados uno de los cónyuges a pasar alimentos "aun cuando el otro cónyuge - por lo general la mujer - ha ocasionado el fracaso del matrimonio para convivir con un tercero, llevándose inclusive a los hijos" ⁴⁰. Esto ya fue objeto de críticas al entrar la nueva ley en vigor. Si bien es cierto que el nuevo derecho a alimentos, de acuerdo al principio de desavenencia, prescinde del elemento culpa, "tampoco se puede exigir que el obligado a pagar alimentos financie la convivencia de su (ex)mujer con un tercero" ⁴¹. Esta tendencia, a pesar de aparecer tan lógica y unívoca, contiene el "peligro de que el derecho a alimentos dependa de nuevo de la culpa" ⁴², lo que el nuevo principio trató de evitar a toda costa.

Lamentablemente, quedan aún una serie de cuestiones sin discutir, lo que se debe no sólo a razones de espacio sino al limitado marco del presente trabajo.

D) Conclusiones

Tomando en cuenta las consideraciones hechas sobre ambos principios, llego a las siguientes conclusiones:

1) Nuestro derecho de divorcio debe ser reformado. Las desventajas y problemas que presenta el principio de culpa alemán son casi del todo aplicables a nuestro sistema. No se trata de crear un derecho de divorcio que prohíba el divorcio. Esa es una utopía. El que los matrimonios se divorcian es un hecho con que el legislador debe contar, y evitar los

39 Art.1579 BGB*: (1) No tiene derecho a alimentos aquél que, de recibirlo, ocasionaría una grave injusticia, si

1. el matrimonio fue de corta duración
2. es culpable de delito contra su cónyuge o parientes (o falta grave)
3. ocasionó dolosamente su estado de necesidad
4. existe alguna otra razón de igual gravedad a la de los incisos anteriores.

(2) El inciso (1) carece de validez si es que el cónyuge con derecho a alimentos está a cargo de hijos comunes y no se puede esperar que se mantenga solo.

(* Versión libre y resumida).

40 FINGER, 4 Jahre EheRG (4 años de la nueva ley de divorcio) Juristische Rundschau (JR) (Visión jurídica), pág. 405, 1981.

41 GIESEN, 1 Jahr neues ehesecheidungsrecht (1 año de derecho de divorcio nuevo), pág. 45, JR 1979.

42 EVANGELISCHE FRAUENARBEIT. Sobre la situación de la mujer casada con la introducción del principio de desavenencia, pág. 76, FRZ 70.

divorcios se consigue no con un derecho de divorcio "difícil" sino con una política social mejorada (como asesoría matrimonial, etc.). Además, debe suprimirse el paralelismo de concepciones tan distintas como opuestas del matrimonio (debido a la coexistencia del principio de culpa con el divorcio por mutuo disenso) existentes en el CC.

2) Este trabajo de derecho comparado me permite reconocer que si bien el principio de desavenencia no es perfecto es, por lo menos, mejor que el principio de culpa; lo que me lleva a proponerlo como modelo para una reforma de nuestro derecho de divorcio. No adoptando el "estilo alemán" sino una fórmula acorde con nuestra sociedad y mentalidad peruanas.

3) De concretarse la proposición anterior, soy de la opinión que deberían efectuarse algunas modificaciones al principio de desavenencia:

- Las presunciones de fracaso matrimonial no deben ser iure et de iure sino que deben aceptar prueba en contrario, de tal manera que tanto el juez, como el cónyuge que se opone al divorcio, tengan la oportunidad de demostrar que el matrimonio aún no ha fracasado y no debe, por lo tanto, ser divorciado.

- El intento de reconciliación debe suspender el término de separación, pero no debe contarse el tiempo en que duró el intento de reconciliación como perteneciente al término de separación. De fracasar el intento de reconciliación, seguirá corriendo el término de separación.

- El principio del derecho a alimentos, de acuerdo al principio de desavenencia, es que se lo otorga como una excepción. Esto corresponde a la imagen de la mujer alemana, que por lo general trabaja o ha trabajado y/o gozado de una educación, pero no corresponde a nuestra realidad. Por lo tanto, propondría que el principio rector del derecho a alimentos sea la necesidad de uno de los cónyuges. Además, pienso que habría que buscar una fórmula apropiada, según la cual se haga depender el derecho a alimentos de la duración del matrimonio: de divorciarse un matrimonio a los pocos años de casados (y como se puede apreciar en las estadísticas, un caso así no es la excepción) no ha variado mucho en la posición del cónyuge antes del matrimonio.

- Dado que la infraestructura, situación financiera, etc., de Alemania y Perú son totalmente distintas, habrá que buscar una estructura propia y adecuada en lo referente a la compensación de rentas

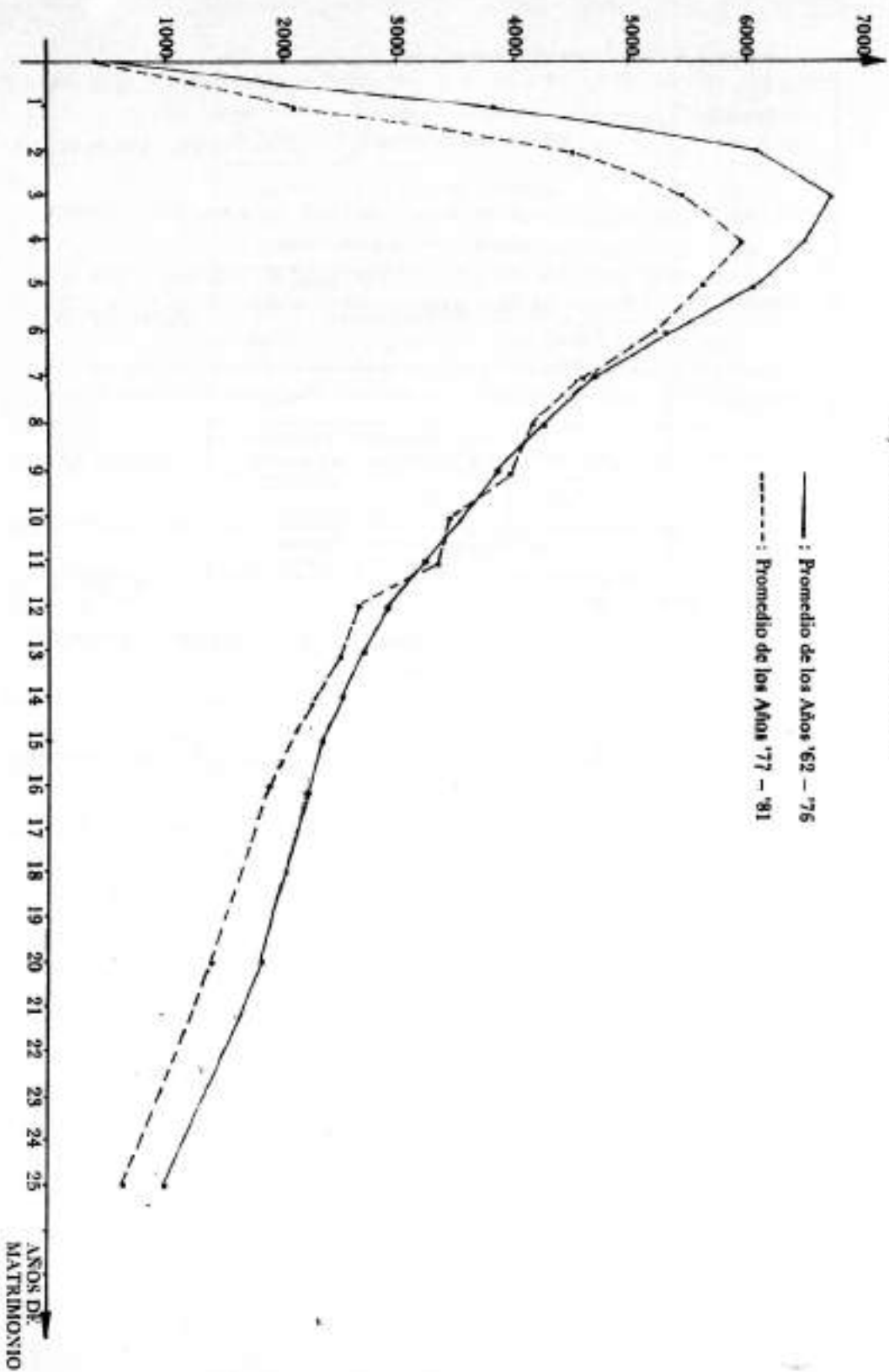
4) Estoy consciente de que este nuevo principio de desavenencia implicaría una reforma a todo nuestro derecho de familia. De adoptarse este nuevo principio, por ejemplo, implicaría que la separación de cuerpos pasaría a ser algo casi superfluo (sobre todo a través de las presunciones de fracaso matrimonial). Sin embargo, pienso que de alguna manera hay que dar el primer paso, lo que viene a ser el objetivo de este trabajo: iniciar la discusión sobre la posibilidad y la forma en que se podría modificar nuestro derecho de divorcio, con el fin de hacer del divorcio una institución más justa y perfecta.

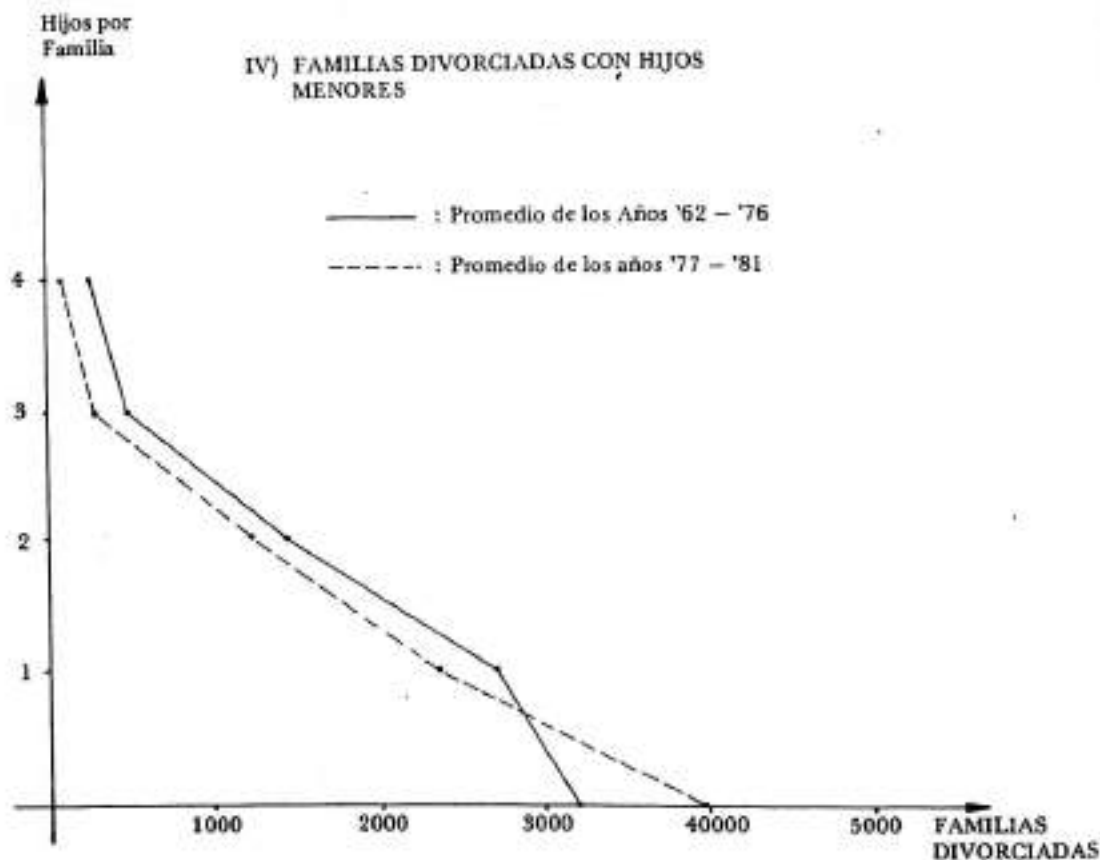
E) ESTADISTICA

CANTIDAD
EN
MILES



III) DURACION DEL MATRIMONIO





V) TABLAS SOBRE CAUSAS DE DIVORCIO:

A. Años '50-'76:

- Faltas a Deberes Matrimoniales (adulterio, abandono malicioso, etc.)	94 o/o
- Enfermedad mental o grave y contagiosa	0.46 o/o
- Separación + Desavenencia (en base a demanda refutable)	5.69 o/o
- Otros	0.05 o/o

B. Años '77-'81:

- Desavenencia + Menos de 1 año de separados	9.39 o/o
- Desavenencia (profunda e insuperable)	30.45 o/o
- Desavenencia + 1 año de separación	49.9 o/o
- Desavenencia + 3 años de separación	9.69 o/o
- Otros	0.57 o/o

LITERATURA

- ADALBERT. Kirchenrecht (Derecho Canónico). Darmstadt 1980.
- BEITZKE. Familienrecht (Derecho de Familia). 22. Auflage (22a. Edición). München 1981.
Familienrecht. München 1983.
- BLANKE. Die Bedeutung der unheilbaren Zerrüttung (El significado de la desavenencia profunda). Familienrechtszeitschrift (FRZ), (Revista de Derecho Familiar), 1966, pág. 60.
- BOSCH. Familienrechtsreform (Reforma de Derecho Familiar). Bonn '52.
- BUNDESGERICHTSHOF. (Corte Suprema). Urteile vom (Sentencias del) 14.6.78. Matrialien des Rechts (MDR) (Materiales del Derecho), 1978, pág. 881; 4.10.78., MDR 1978, pág. 884.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. (Corte de Garantías Constitucionales). Urteile vom (Sentencias del) 28.2.80., MDR 1980, pág. 466; 21.10.80., MDR 1981, pág. 113; 14.7.81., FRZ 1981, pág. 745.
- BURGLE. Reform der Ehescheidung (Reforma del Derecho de Divorcio), FRZ 1972, pág. 68.
- CREIFELDS. Rechtswörterbuch (Diccionario y Lexicón Jurídico). 3a. y 7a. Edición, München 1973 y 1983.
- DEINHARDT. Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetzes . . . (Contemplaciones críticas sobre un proyecto de ley . . .) FRZ 1971, pág. 273.
- DER SPIEGEL. (Revista), Nos. 9 y 10 de 1970 y No. 48 de 1979.
- DEUTSCHE BISCHOFSKONFERENZ und RAT DER EVANGELISCHEN KIRCHE. (Conferencia de Obispos de Alemania y el Consejo de la Iglesia Evangélica). Ja zur Ehe (Sí al Matrimonio), 1981.
3. Familiengerichtstages (3a. Convención de Jueces de Familia), Empfehlungen (Recomendaciones), MDR 1981, pág. 105.
- EID. Ehe und Ehescheidungsrecht (Matrimonio y derecho matrimonial). München 1972.
- EVANGELISCHE FRAUENARBEIT. Zur sozialen Situation der Ehefrau bei Eingührung des Zerrüttungsprinzips, (Sobre la situación de la mujer casada con la introducción del principio de desavenencia), FRZ 1970, pág. 74.
- EVANGELISCHE KIRCHE DEUTSCHLAND. RAT der (Consejo de la Iglesia Evangélica alemana), Erklärung zur Ehe und Ehescheidung (Aclaración sobre el matrimonio y el divorcio), Münster 1977.
- GRUNDMANN, KUNST. Evangelisches Staatslexikon. (Lexicón estatal evangélico), Berlin 1966.
- HAX, LUKE, WOLF. Rechtliche Grundfragen (Cuestiones jurídicas fundamentales). Tübingen 1959.
- HECKEL. Einführung in das Ehe- und Familienrecht (Introducción al derecho de familia y matrimonial). Darmstadt 1981.

- HENRICH, LEHMANN.** Deutsches Familienrecht (Derecho familiar alemán). 3a. Edición, Berlín 1960.
Deutsches Familienrecht, Berlín 1967.
- KATHOLISCHE FRAUENARBEITSGEMEINSCHAFT** (Comunidad Laboral Femenina Católica). Zum Ehescheidungsrecht (Sobre el derecho de divorcio), FRZ 1970, pág. 76.
- LANGE.** Zum Entwurf des 1. EheRG (Sobre el proyecto de ley de divorcio), FRZ 1971, pág. 481.
- MIKAT.** Scheidungsrechtsreform in einer pluralistischen Gesellschaft, (Reforma al derecho de divorcio en una sociedad pluralista), FRZ 1970, pág. 333.
Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip (Consideraciones jurídico-históricas y jurídico-políticas sobre el principio de desavenencia), FRZ 1962, pág. 81.
- MUNCHENER KOMMENTAR.** zum BGB. (Comentario de Múnich del CC), München 1978 y 1983.
- NEUHAUS.** Ehescheidungsreform? (Reforma al derecho de divorcio?), FRZ 1970, pág. 348.
Was heißt Zerrüttung der Ehe? (¿Qué significa desavenencia conyugal?), FRZ 1968, pág. 57.
- SCHNEIDER.** Das materielle und prozessuale Scheidungsrecht des 1. EheRG (El derecho de divorcio material y procesal en la nueva ley de divorcio), MDR 1976, pág. 705.
- SCHULTZ.** Blick in die Zeit (Mirada Contemporánea), MDR 1981, pág. 896.
- SCHLUTER.** Familienrecht (Derecho de Familia), Heidelberg 1983.
- STATISTISCHES JAHRBUCH** für die BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. (Libro anual de Estadísticas para la Alemania Federal). Años de 1950 - 1983, Statistisches Bundesamt - Wiesbaden / Stuttgart.
- STEIN.** Evangelisches Kirchenrecht (Derecho eclesiástico evangélico). Darmstadt 1980.
- SCHWAB.** Familienrecht (Derecho de Familia), Regensburg 1983.
- TEUPEN.** Ehe (Matrimonio), Münster 1983.
- VERHANDLUNGEN DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES.** (Discusiones de las Cámaras de Gobierno alemanas). 7o. período electoral, Impresos 7/650, Tomo 176 y 7/4361, Tomo 213, Bonn 1973.
- WATZKA.** Die Kirchen und die Reform des staatlichen Ehescheidungsrechts (Las Iglesias y la reforma de la ley estatal de divorcio). FRZ 1972, pág. 238.
- WESTERMANN.** Kommentar zum BGB (Comentarios al CC), Münster 1981.
- WILKENS.** Theologische Erwägungen zur Ehescheidung (Consideraciones teológicas sobre el divorcio). FRZ 1969, pág. 60.
- WURZBACHER/CYPRIAN.** Ehe und Ehescheidung in soziologischer Sicht (Matrimonio y divorcio desde el punto de vista sociológico).

BIBLIOGRAFIA

CASTAÑEDA, Código Civil, Tomo I, 6a. Edición, Lima 1978.

MAISCH von HUMBOLDT. El Código Civil Sumillado. Lima.

PALACIO PIMENTEL. Elementos de Derecho Civil Peruano. Tomo II, Lima.

Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Tomo I, Fondo Editorial 1980, Pontificia Universidad Católica, Lima 1980.

UNIVERSIDAD DE LIMA. Proyecto del Código Civil Peruano, Lima 1981.