

# Derecho Civil

## El divorcio en la doctrina y la legislación

Por el Dr. ERNESTO PERLA VELAOCHAGA

Vice-Presidente del Consorcio de Abogados Católicos de Lima  
Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica

El tema del divorcio tiene una perenne actualidad, pero no falta periódicamente quien nuevamente invoque los viejos sofismas a su favor, obligando a que se repitan también las mismas objeciones y la cuestión adquiere entonces especial interés. Si el tema carece de novedad y originalidad se debe sobre todo a que con otras o con las mismas palabras se repiten conocidos argumentos contra la indisolubilidad matrimonial, pues desde hace ya considerable tiempo no se han inventado nuevos argumentos, y consecuentemente, se repiten las razones en contra. Pero hay sin duda entre estas últimas, una que aunque no nueva, adquiere cada día mayor elocuencia y fuerza: los frutos del divorcio. En donde se ha implantado no ha remediado ninguno de los males que trataba de curar, pero eso sí, ha introducido la disolución de las costumbres en los hogares precisamente más necesitados de fortaleza y santidad y ha creado un peligroso estado para la nacionalidad, que no deben pasar desapercibidos.

Estos resultados en el orden práctico, no son sino la necesaria consecuencia de erróneas doctrinas sobre el matrimonio y el divorcio.

En cuanto al concepto de matrimonio, el divorcio se funda en la anacrónica teoría del matrimonio-contrato que en el estado actual de la doctrina jurídica está en completo desprestigio, no sólo en cuanto al matrimonio religioso, sino aún al matrimonio civil. Tal tesis corresponde a la época en que todo acto jurídico que se quería respetado y respetable, era considerado como un contrato. Esto es lo que se ha llamado el fetichismo del contrato, en el cual la voluntad individual, omnímoda, arbitraria, egoísta y anárquica imperaba libremente sobre los sentimientos altruistas, dando la espalda a los intereses de la colectividad y tratando de ignorar los derechos de los demás, límite necesario de los propios derechos.

Todos estos conceptos han sido superados hace ya bastante tiempo. El interés social predominando sobre el individual es la gran conquista del derecho moderno. Instituciones como la propiedad y el contrato son removidas desde sus cimientos para que sean medios que sirvan al hombre dentro de los límites que el interés social reclama. El matrimonio-contrato corresponde a esta tendencia individualista del derecho y a una etapa vencida.

Ayer, el matrimonio pudo tener siquiera apariencia de contrato; hoy, ni intrínseca ni extrínsecamente puede ser considerado como tal. Antes el contrato tenía la apariencia exterior de un acuerdo de voluntades, como el matrimonio, pero hoy hay contratos en cuya formación no ha intervenido la voluntad de todos los contratantes —contratos de adhesión— y aún los hay concluidos no sólo sin la voluntad, sino aún contra la voluntad de algunos de los contratantes, como los contratos colectivos de trabajo y los convenios de acreedores con el fallido. ¿Pueden equipararse matrimonio y contrato, cuando en aquél ambos contrayentes deben prestar su pleno consentimiento y no cabe celebrarlo contra la voluntad de uno solo? Intrínsecamente el contrato en el derecho actual, debe producir, modificar o extinguir obligaciones de carácter patrimonial. Tal es el sentido del Art. 1137 del Código Civil italiano. Siendo obvio que las obligaciones que nacen del matrimonio no son esencialmente de carácter patrimonial, es evidente que no puede considerarse al matrimonio como un simple contrato bilateral.

Al eclipsarse la tendencia individualista y ser reemplazada por la tendencia social contemporánea, tuvo que abandonarse el criterio anterior y apareció la teoría del Matrimonio-Institución afirmando Planiol que: "se quiere expresar con ella que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado que forman un todo al cual las partes pueden o no adherirse, pero una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y son los efectos de la institución los que se producen automáticamente". Conforme a la primera tendencia el matrimonio quedaba sujeto, como la compraventa o la locación de servicios, a la voluntad de las partes. De acuerdo con la segunda el matrimonio, notemos que seguimos hablando del matrimonio civil, queda fuera de la voluntad de las partes, se reconoce que no sólo hay intereses individuales vinculados a él y se le coloca sobre el caso particular y el arbitrario criterio personal.

Después de lo expuesto no es preciso añadir porqué la condición resolutoria de los contratos bilaterales, no puede funcionar en el matrimonio. Dado el carácter patrimonial de las obligaciones contractuales las partes pueden, por lo menos dentro de ciertos límites, decidirse por exigir la prestación que se les debe o rescindir el contrato pues no están en juego sino sus propios intereses, pero en el matrimonio por su esencia extra-patrimonial, por los intereses de los hijos, y de repercusión social, no puede pretenderse que esté sujeto a la sola voluntad del individuo, con el más absoluto desconocimiento del interés de la colectividad.

De ese error se pasa, al del divorcio. Defender la disolución del matrimonio es pretender que la humanidad retroceda veinte siglos de experiencia cristiana y vuelva a la obscuridad e infamia del paganismo. Es evidente que el cristianismo no hubiese conseguido la reforma de las costumbres del mundo pagano de no haber impuesto la indisolubilidad del matrimonio a las inclinaciones del hombre caído. Por ella el cristianismo dió la más larga de sus batallas, pues tuvo que vencer no sólo la corrupción romana, sino la dureza de los bárbaros y sólo consiguió imponerla en la Edad Media y después en todas las legislaciones del mundo civilizado. Si esta sola batalla se hubiese perdido, el mundo actual no conservaría ni rastros del mensaje cristiano, que habría quedado ahogado bajo la sensualidad y la disolución de la precariedad de las relaciones familiares. Por esto lógicamente el divorcio es una de las armas empleadas por los que conspiran contra la cultura occidental. Sobre la familia se ciernen nuevas sombras. Sólo la ley de la indisolubilidad puede evitar la regresión a la barbarie.

Es altamente halagador comprobar que entre nosotros no se ha incurrido generalmente en los mencionados errores. Allí están para confirmarlo las

opiniones adversas al divorcio de magistrados y juristas, comenzando por las eminentes figuras de la magistratura y del foro que formaron la Comisión Reformadora del Código Civil que estuvieron por el matrimonio indisoluble, fundándose no sólo en el dogma católico, que merece toda preeminencia por sí y por ser la religión de la totalidad de los peruanos, sino también “porque lo exige el sano sentido jurídico de nuestra raza” y por el interés social. Posición que posteriormente fué ratificada por el Dr. Manuel Augusto Olaechea, explicando cómo se rompió la dogmática del Código por haber impuesto el Congreso de entonces la adopción del divorcio dentro de ese cuerpo de leyes.

Después de la dación de la ley del divorcio, las Memorias de los Presidentes de las Cortes, unas veces en forma especial y otras indirectamente, se han pronunciado casi unánimemente en contra de ella. Dentro de estos documentos se destacan por su rotundidad la Memoria del actual Presidente de la Corte Superior de Lima dando cuenta de la marcha del año judicial en la Corte Superior de Arequipa en 1941; y la del Sr. Dr. Dn. Germán Arenas, como Presidente de la Corte Suprema de la República en 1943, en la que pidió la derogación de la ley de divorcio, afirmando con sólidas razones que: “así lo exigen al mismo tiempo la necesidad premiosa de restablecer la unión, el orden y la estabilidad de la familia; el interés primordial de conservar en toda su integridad y en toda su pureza la moralidad de las costumbres; y el deber impostergable de asegurar, en bien de todos, la firme organización y el desenvolvimiento normal de la sociedad”.

El error fundamental de los conceptos contrarios proviene de desconocer que al matrimonio corresponde una categoría propia y especial reconocida en todas las exposiciones doctrinarias y en los códigos modernos, inclusive en el nuestro, lo que está fundado en sólidas razones. El derecho de familia está considerado como materia distinta de las demás del derecho civil, en razón de los caracteres especiales que presenta, como son: el carácter natural y moral de la familia, influenciada más que ningún otro instituto, por la moral y la religión; por predominar en ella el carácter moral sobre el patrimonial, por ser sus normas de carácter público y por lo mismo irrenunciables, y finalmente porque predomina en sus normas el interés familiar sobre el individual y el deber sobre el derecho. Estas características determinan que el Derecho de Familia forme una rama especial que obedece a particulares principios, llegando en algunos países a formar un código propio, distinto del Civil, como sucede, aunque con fines reprobables, en Rusia soviética. Pretender que se aplique a esta rama totalmente distinta como son los contratos, es incurrir en el desconocimiento de los postulados del Derecho actual.

Los argumentos que se esgrimen a favor del divorcio carecen de fuerza. No contamos desgraciadamente con los datos que nos podría proporcionar una estadística judicial hecha en forma científica, y que seguramente demostraría el elevado porcentaje que alcanzan los juicios de esta naturaleza dentro de la totalidad de las cuestiones que se ventilan ante nuestros Tribunales de Justicia. Se ha dicho alguna vez que sólo alcanza al 6%, cifra que consideramos muy inferior a la realidad, pero que en ningún caso constituye un porcentaje pequeño, pues cuando en el Uruguay, que tiene la triste prerrogativa de ser la mayor agencia de divorcio de Sud-América, el ex-Presidente Brum, que lo defendía, trataba de justificar el porcentaje del 2% pues ya lo consideraba elevado.

Es indudable que la práctica ha demostrado que la aplicación de la ley de divorcio estimula las separaciones, provenientes de dificultades entre los cónyuges que se liquidarían en otra forma en caso de no existir tal ley y pudiendo llegar aún en muchos casos a desaparecer las desavenencias. Las es-

tadísticas de todos los países acreditan un constante aumento del número de divorcios, lo cual es explicable desde que la ley, al restar gravedad y trascendencia al matrimonio, estimula las uniones hechas a la ligera, y expuestas por eso al choque de las pasiones, a las ofuscaciones y a las decisiones egoístas.

En nuestro país, de la misma manera que en todos los demás países donde existe el divorcio, el número de ellos aumenta cada vez más en vez de disminuir como sostienen los divorcistas. El Dr. Oliveira en su Memorandum para la Comisión Reformadora dice: "Es ilusorio creer que los abusos pueden evitarse con un acertado régimen legal. Una vez admitido el divorcio, rompe el marco dentro del cual quiso encerrársele y pasa como torrente desbordado por encima de todas las cortapisas".

Tan lamentables resultados han sido confirmados por nuestra experiencia. En la estadística anexa a la Memoria del Dr. La Rosa, ya citada, se afirma: "El incesante sismo de la desmoralización de las costumbres cuartea un hogar cada diez días y cada quince desmorona uno, bajo cuyos escombros las víctimas son los hijos a los que se señala una pensión, a todas luces insuficiente para vivir, pues son muy raros los casos en que la condición económica de los padres permite señalar una pensión más alta, y rarísimos aquellos en que se puede asignar una cantidad holgada".

Además, es preciso considerar la cuestión no sólo desde el punto de vista teórico y general, sino desde el ángulo práctico y particular de nuestra realidad para no incurrir en un grave error de política jurídica. Aún en el negado caso que el divorcio no fuera nefasto y contrario a la naturaleza jurídica de la institución del matrimonio, no convendría mantenerlo en el Perú. En nuestro medio la familia se caracteriza por su inestabilidad como resultado de la escasez de matrimonios. Esta crisis de incalculables proporciones repercute sobre la vida moral e intelectual, y aún sobre la salud física de los niños. Es indudable que esta situación se agrava llevando a las pocas familias constituidas el germen de la disolución y abriéndoles las puertas a su desorganización.

Es preciso reconocer, en conclusión, después de 18 años de aplicación de la ley de divorcio, que entre nosotros nada ha hecho el Estado en favor de la familia, desde el punto de vista moral ni económico, no existe una sola ley protectora de la familia como las que se han dado en otros países, pero no ha dejado de imitar y aún de superar las leyes que permiten su desaparición.

Sólo he tratado la presente cuestión desde el aspecto estrictamente legal y jurídico, sin mencionar ni invocar la sabia doctrina de la Iglesia, pero esas mismas razones expuestas son las que nos obligan, aparte de toda convicción religiosa, a considerar el matrimonio católico, lazo sacramental perpetuo indisoluble, el más conforme con la naturaleza humana, con los trascendentales fines de la institución y con los altos destinos de los seres humanos, medio de mejoramiento de la sociedad y de sus miembros, y que contra el sentir general, el legislador ha desconocido o pospuesto. Nuestra legislación, al igual de los países más cultos, debe restituírle al matrimonio católico la eficiencia civil que tan sorpresivamente le fué arrancada violentando nuestras conciencias con el matrimonio civil exclusivo, del cual el divorcio es una de sus necesarias y funestas consecuencias.

---