

¿LA CAUSAL DE DIVORCIO POR IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN PUEDE SER ALEGADA POR CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES?

Gastón Jorge Quevedo Pereyra[∞]

CAS. N° 4895-2007 LIMA

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DEMANDANTE: Solange Margot Paredes Cáceres

DEMANDADO: Tito Condori Ascarza

ASUNTO: Divorcio por causal

FECHA: 25/03/2008 (El Peruano, 30/06/2008).

TEMA RELEVANTE:

La causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común solo puede ser invocada por el cónyuge agraviado. A pesar de que la ratio legis de la norma fue la de identificar y encasillar esta nueva causal con la incompatibilidad de caracteres, se comprueba que ella no puede ser invocada de esta manera, por cuanto los factores que determinan la incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino de la pareja

FALLO ANTERIOR:

Ni del texto ni del espíritu del inciso 11 del artículo 333 del Código Civil se desprende que la imposibilidad de hacer vida en común debe acreditarse en un proceso judicial previo, dado que para acreditar sus pretensiones las partes tienen a su disposición los diversos medios probatorios que autoriza el Código Procesal Civil, sin que el material probatorio deba provenir necesariamente de un proceso anterior (CAS. N° 2871-2005 LIMA. El Peruano, 31/01/2007).

BASE LEGAL:

Código Civil: art. 335.

Código Procesal Civil: art. 197.

CAS. N° 4895-2007 LIMA. Lima, veinticinco de marzo del dos mil ocho.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número cuatro mil ochocientos noventa y cinco - dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, con el acompañado, emite la siguiente sentencia:

[∞] Catedrático en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal, la Escuela de Postgrado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Además es profesor visitante en la Escuela de Postgrado de la Universidad nacional San Antonio Abad del Cusco, la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga y la Escuela Internacional de Postgrado de la Universidad César Vallejo de Tarapoto. Asesor y Consultor Legal. Abogado, Magíster en Derecho y Doctorando en Derecho.

1: MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Solange Margót Paredes Cáceres contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos treinta y cuatro su fecha veintisiete de julio del dos mil siete, expedida por la Sala Permanente de Familia de la Corte Superior de Lima, que revoca la apelada de fojas trescientos cincuenta y siete de fecha treinta de noviembre del dos mil seis, en el extremo que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida en común y reformándola en dicho extremo la declara infundada; con lo demás que contiene.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha ocho de noviembre del dos mil siete, por la causal de Contravención al debido proceso, por no haberse valorado adecuadamente los medios probatorios, según los siguientes cargos: a) La Sala Ad quem ha resuelto sin haber valorado adecuadamente y en forma conjunta los medios probatorios anexados a la demanda, que acreditan *per se* la conducta sub examen, existiendo la obligación de valorar los medios probatorios al momento de sentenciar; asimismo, indica que de analizar las pruebas en su conjunto quedaría acreditada la causal de imposibilidad de hacer vida en común; b) se habría conculcado el derecho a un adecuado proceso, por cuanto no se han valorado las copias certificadas de las denuncias policiales:, la primera de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, donde la cónyuge deja constancia que por incompatibilidad de caracteres hace retiro forzado del hogar conyugal y que se retiraba con su menor hijo Iván Giomar Condori Paredes; la segunda de fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, en la cual la demandante denuncia agresiones físicas en su contra; y la tercera de fecha diecinueve de noviembre del dos mil, en que la accionante denuncia maltrato físico por parte de su cónyuge, por agresiones físicas y psicológicas de fojas cuatro a seis; agrega, la recurrente, que inició un proceso judicial sobre violencia familiar, el mismo que fue resuelto declarando fundada la demanda a favor de la accionante, así como el expediente que tiene el número cincuenta y siete - dos mil, uno tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de La Victoria, sobre faltas contra la persona - lesiones, seguido por la demandante con el ahora demandado; c) debido a la incompatibilidad de caracteres, agresiones físicas y psicológicas, así como por las constantes amenazas en contra de la vida de la recurrente con fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, por mutuo acuerdo deciden separarse y vivir en forma independiente, empero, el demandado continuó con las agresiones físicas y psicológicas tal como se acredita con los certificados policiales antes mencionados; y d) la Sala de mérito habría incurrido en error al sustentar que al viajar juntos ambos cónyuges, conjuntamente con su menor hijo Iván Giomar Condori Paredes hacia Estados Unidos, han llegado a una conciliación, lo cual es totalmente falso en razón de que ambos viven separados y que dicho viaje se realizó en beneficio del menor.

3. CONSIDERANDO:

Primero: El principio constitucional del debido proceso se integra por la suma de todos aquellos principios que informan el proceso y que deben operar para

asegurar un pronunciamiento jurisdiccional pleno, en el sentido que el Juez ha tenido conocimiento cabal del problema jurídico sometido a su decisión. Se presenta la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales,

Segundo: La Sala ha establecido como juicio de hecho, en base al análisis de los medios probatorios aportados al proceso, que las denuncias policiales, en las que la demandante fundamenta fífi pretensión, resultan insuficientes para acreditar que se encuentra configurada la causal invocada, máxime si los mismos medios fueron argumentados como presupuestos fácticos para las otras tres causales que se invocaran y respecto de las cuales fue declarada infundada la demanda.

Tercero: La denuncia contenida en el literal a) del punto 2 de esta resolución carece de base real, ya que conforme se advierte de la misma recurrida, se ha valorado y analizado, los medios probatorios aportados, empero, ellos no le resultan suficientes para acreditar la causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común, lo que no supone que no los haya examinado en su conjunto, por lo demás, de conformidad con lo prescrito en el artículo 197 del Código Procesal Civil, el Juez en su resolución sólo expresará las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión.

Cuarto: Respecto al punto b), del quinto, sexto y séptimo considerando de la sentencia de vista se aprecia que la recurrida ha valorado tanto las denuncias policiales, declaraciones asimiladas y proceso judicial acompañado, por lo que igualmente carece de base real el referido cargo.

Quinto: Las denuncias previstas en los literales c) y d), igualmente carecen de sustento, pues la recurrente no especifica cuál es la contravención al debido proceso que se habría producido, tratándose más bien de cuestiones de hecho, que pretenden la modificación del juicio de hecho al que ha arribado la Sala de mérito, lo cual no puede ser actuado en sede casatoria.

Sexto: Por último, debe tenerse presente que los hechos con los que se pretende acreditar la causal de imposibilidad de hacer vida en común introducida por la Ley 27495, sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, y no por el que los cometió. Asimismo, a pesar que la *ratio legis* de la norma fue la de identificar y encasillar esta nueva causal con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades, se comprueba que ella no puede ser invocada de esa manera, por cuanto los factores que determinan la incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino de la pareja, por lo que, no puede pretenderse la incompatibilidad de caracteres, pues se estaría vulnerando el artículo 335 del Código Civil.

Séptimo: En ese sentido, se advierte de las declaraciones testimoniales y de las denuncias policiales, que las agresiones han sido de ambas partes; y que en junio del dos mil uno, tal como consta en el acta de la audiencia de conciliación, ambos manifiestan su deseo de seguir viviendo separados, no obstante ello, meses después viajaron juntos al exterior.

4.- DECISION:

a) Por las consideraciones anotadas y estando a lo establecido por el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas cuatrocientos cuarenta y tres interpuesto por doña Solange Margot. Paredes Cáceres, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos treinta y cuatro su fecha veintisiete de julio del dos mil siete.

b) CONDENARON a la parte recurrente al pago de la multa de una Unidad de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos con don Tito Condori Ascarza sobre divorcio por causal.

c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron. SS. SANCHEZ- PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDAN

I. INTRODUCCIÓN

Fluye de la Resolución Casatoria N° 4895-2007-Lima, que la señora Solange Margot Paredes Cáceres interpone demanda de Divorcio por las causales de violencia física o psicológica, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y la imposibilidad de hacer vida en común contra su cónyuge, Tito Condori Ascarza. La controversia reposa en las alegaciones vertidas por la pretensora, quien anexa a su demanda copias certificadas de denuncias policiales varias, la primera del 23 de septiembre de 1998, donde deja constancia de que por incompatibilidad de caracteres se retira forzada del hogar conyugal con su menor hijo I.G.C.P. ; una segunda fechada el 14 de octubre de 1998 en la cual denuncia haber padecido agresiones físicas; y una tercera de fecha 19 de noviembre del 2000, en la cual impreca agresiones físicas y psicológicas. Además la recurrente señala haber iniciado un proceso judicial sobre violencia familiar, el mismo que resulto resuelto a su favor y además un proceso sobre faltas contra la persona (lesiones) incoado por ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de La Victoria, también declarado fundado a su favor. Debido a la incompatibilidad de caracteres, agresiones físicas y psicológicas, además de constantes amenazas en contra de la vida de la recurrente, con fecha 23 de septiembre de 1998, señala que ambos de común acuerdo decidieron vivir separadamente y en forma independiente, pero el demandado continuó con las agresiones físicas y psicológicas. Se aprecia que ambos cónyuges viajaron a los Estados Unidos en compañía del menor, tras alegar que ambos estaban separados, situación que en el devenir del presente tuvo diferente valoración para los intervinientes y en el desenlace procesal final.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda en Primera Instancia es declarada fundada en parte amparando la causal de imposibilidad de hacer vida en común, con costas y costos del proceso.

III. SENTENCIA DE VISTA

La Sala Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolviendo la apelación interpuesta, expide sentencia de vista de fecha 27 de julio del 2007 a través de la cual revoca la apelada en el fondo referido.

Los fundamentos por los cuales se revocó la sentencia impugnada están contenidos en el considerando segundo y tercero de la sentencia de vista y estos son:

“Segundo: Como un juicio de hecho, en base al análisis de los medios probatorios aportados al proceso, las denuncias policiales, en las que la demandante fundamenta su pretensión resultan insuficientes para acreditar que se configura la causal invocada, máxime si los mismos medios fueron argumentados como presupuestos fácticos para las otras tres causales que se invocan y respecto de los cuales fue declarada infundada la demanda...”

Tercero: La denuncia contenida en el literal a) del punto 2 de la resolución de primera instancia carece de base real, ya que conforme se advierte de la misma recurrida, se ha valorado y analizado, los medios probatorios aportados, empero ello no resultan suficientes para acreditar la causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en común, situación que no supone el que no los haya examinado de manera conjunta, por lo demás, de conformidad con lo prescrito en el artículo 197 del Código Procesal Civil, el Juez al momento de resolver, sólo expresará las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión...”

IV. DEL RECURSO DE CASACIÓN

Frente a esta última resolución de vista, la demandante interpuso recurso de casación, el cual fue declarado infundado por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en fecha 25 de marzo del 2008, estimando no casar la sentencia de vista, lo que dio lugar al pronunciamiento definitivo de la fecha bajo el N° CAS 4895-2007 que es materia del presente comentario jurisprudencial.

Un elemento de relevancia en lo referido a las decisiones supremas sobre derecho de familia y en particular sobre esta resolución Casatoria N° 4895-2007, radica en la deliberación producida en la fórmula doctrinaria matriz referida a la postulación libre de la figura de incompatibilidad de caracteres que aquí asoma bajo la denominada imposibilidad de hacer vida en común que si bien se entiende sólo podría ser invocada por el cónyuge que se considere agraviado, se desprende de factores de común lejanos al derecho como mero

enfoque normativo, que las situaciones que producen la quiebra de la sociedad conyugal ocurren al invocar este extremo con categoría de causal, la in conducta de ambas partes, desoyendo la exclusividad de postulación que seguramente desea ser invocada por alguno de ellos.

V. COMENTARIO SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

Corresponde al ámbito procesal por antonomasia la evaluación y tratamiento de los recursos de casación. Aquí nos referiremos a los aspectos relacionados con el presente y que de alguna manera observar relevancia con el derecho de familia, previa vista de su tramitación y análisis genérico.

Los estados italianos resultan ser los centros originarios de producción jurídica del mencionado. Por ello, la doctrina aun no concuerda sobre el aspecto etimológico de la expresión. De un lado, se señala que si bien seguimos el modelo español a tenor del contenido versado en el Capítulo IV del Título XII del Código Procesal Civil, el apogeo se dio en Francia, en que fue utilizado más allá de la discusión doctrinaria, para uniformizar los criterios aplicables al derecho, lo que llegó a posibilitar su dación y ser finalmente característico en su ordenamiento jurídico¹.

El término *casar* proviene del latín *casare*, que en sentido estricto significa romper y por ello la influencia francesa que al optar por *cassation* ha tenido a bien terciar y agregar los términos anular y quebrantar para sumados al término expresado, dan lugar a una expresión muchos más gráfica a efectos de una mejor aplicación dogmática en tribunales.

De manera principal, se trata como enunciados principales de:

- La aplicación correcta de la ley vigente de parte de los diversos tribunales y salas efectos de garantizar y dar seguridad jurídica.
- La unificación productiva de la disquisición de las leyes mediante un solo órgano, determinando así la jurisprudencia posterior al respecto.

Habida cuenta de que el derecho procesal resulta variable en cada Estado, es posible concretar las características de la casación así:

- Se trata de un recurso extraordinario, por cuanto la ley permite su aplicación de manera excepcional y sólo en contra de determinadas resoluciones judiciales, es decir el ámbito es de acción limitada y restringida.
- Sus fuentes tienen determinación previa y se pueden agrupar básicamente en
- La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial pertinente; o
- La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o

¹ GUZMÁN Fluja, Vicente. *El Recurso de Casación*. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1997. Pp. 136.

- La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; o la infracción de las noemas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.
-

Lo último resulta ser el argumento predilecto de los letrados para fundamentar la gran mayoría de impugnaciones casatorias y en el análisis encargado, se aprecia en el quinto considerando de la resolución Casatoria, el que la pretensora no habría cumplido con especificar con claridad en que consiste la contravención al debido proceso que ella alega se habría producido, situación a la postre perjudicial en los objetivos que ella perseguía² a tenor de la tendencia que se reclama para estos menesteres y la cual es aplicable para el contexto nacional.

Desde la interpretación más tradicional inclusive se considera a la casación como un recurso no constitutivo de instancia, es decir el tribunal puede pronunciarse solo sobre las cuestiones de derecho, situación así apreciada en el presente estudio casatorio. En mejores términos, la revisión resulta ser de orden mucho más restringido y puede basarse tan sólo en una imperfecta interpretación de la ley. No señalamos incorrecta, dado que para que opere el recurso, la interpretación debe ser muy cercana a la perfección que exige la norma para su meritación.

En otros ordenamientos procesales la recaudación Casatoria resulta ser de mayor amplitud. Sólo en El Salvador³ a diferencia de los 16 artículos que se ocupan de la exigencia Casatoria nacional se promulga en 1953 la Ley de Casación, que data del 31 de agosto de dicho año de manera especial y muy novedosa para el panorama iberoamericano en 48 artículos, a saber de manera muy sintética:

- Es encauzada de naturaleza extraordinaria. Se limita a materias del derecho civil, incluyendo al derecho de familia, mercantil y laboral, dejando de lado al derecho penal en el entendido de que este sería una especie muy particular del mismo y se regularía por su naturaleza mediante reglas muy distintas y de diferente necesidad del mismo.
- Esta fuera de la discusión de constituir instancia, para el legislador salvadoreño, no lo es, no admite además la presentación de pruebas y busca uniformizar la interpretación y aplicación similar de la legislación vigente, constituyendo claro está, jurisprudencia los fallos producidos.
- Corresponde el conocimiento al más alto Tribunal en la materia, o sea la Sala Civil de su Corte Suprema de Justicia.
- Determina a que el tribunal ad quem que conoce goce jurisdicción positiva que, a diferencia de la denominada jurisdicción negativa, que tan sólo anula la sentencia recurrida mandando al inferior en grado un nuevo pronunciamiento, lo que conforme a su nuevo derecho

² PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Doctrina sistematizada de la audiencia provisional de Barcelona*. Derecho de Familia. Editorial Lex Nova Madrid. 2000. Pp. 876.

³ Ver el Decreto Legislativo N° 1135 publicado en el diario oficial de San Salvador al que hacemos referencia.

corresponde, situación que produce el que la misma Sala anula el fallo recurrido y pronuncia a la vez su propia sentencia, que es firme.

- En doctrina se la cataloga como una suerte de recurso de doble sentido por sus alcances, orientado al orden público como al interés privado, de necesidad lógica de los pretenses.
- La solemnidad en su postulación es la llave madre fundamental. La más escrupulosa observancia en sus requisitos puede garantizar su procedencia; lo contrario implica un seguro fracaso en la aventura judicial.

VI. TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA A TRATAR

I. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial

Postular la imposibilidad de la vida en común como factor determinante para la probanza de la causal, importa una marcada situación que se espera sea valorada a partir de hechos producidos que se busca sean de naturaleza determinante y recogidas por el encausamiento jurídico, máxime si la exigencia normativa agrega el ser probada en proceso judicial.

Conviene hacer mención al exordio en el correcto sentido de que en el diario de debates del Congreso de la República previo a la promulgación de la Ley N° 27495 consta la iniciativa primigenia de configurar esta causal bajo la denominación de *incompatibilidad de caracteres*, para prevalecer finalmente el formato de imposibilidad de hacer vida en común, haciendo la salvedad de no registrarse mayor consulta no sólo al jurista, sino a cualquier escenario académico en general, aspecto que primó en la actual construcción legal de la figura en análisis.

Bajo la óptica doctrinaria, la causal en estudio determina una tímida orientación del legislador nacional hacia el ámbito del divorcio remedio que en esencia no busca establecer imputaciones civiles de conductas antijurídicas de pareja, situaciones que en conjunto afectan los deberes conyugales e imposibilitan la vida en común de manera terminal, aspecto que si fuera el caso contrario se enmarcaría dentro de los parámetros de apreciación de la órbita sancionadora.

El sistema nacional actual parece orientarse a una fórmula mixta, limítrofe con el tenor del artículo 335 del Código Civil que impide el hecho propio como causal de postulación. El tratamiento del mencionado artículo deja decididamente en manos del juzgador la calificación del hecho de infelicidad de pareja bajo el mandato que reza al final de la causal *debidamente probada en proceso judicial*.

Así, la causal desde la óptica del juzgador se entenderá deba sustentarse en hechos objetivos que evidencien de manera indubitable la absoluta imposibilidad de hacer vida en común con el cónyuge emplazado, tratarse además de graves afectaciones morales, pero no sólo alegadas en una

demanda y tramitaciones varias, sino apreciadas razonablemente mediante auxilios judiciales pertinentes: pericias psiquiátricas, psicológicas, y similares.

Pero queda absolutamente claro que la causal invocada pierde pureza de probanza si invade el campo o esfera de influencia legal de otras causales que si bien pueden semejarse, no guardan estricta relación con la institución que venimos en dilucidar⁴.

Otro aspecto aun no regulado ni estudiado entendemos es el versado respecto de su pertinencia en el tiempo a efectos de plasmar la reiterancia en las conductas que harían insoportable la vida en común, situación que debe comulgar con la magnitud de los hechos invocados, situación que entendemos determina la causal de un lado como incompleta y de otro lado, llevada al total arbitrio del juzgador de turno. El Código Civil en el artículo 339 sólo hace referencia a factores temporales en lo referido a caducidad de causales y orientada al adulterio, al atentado contra la vida del cónyuge, a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio y a la condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio, en tanto que la violencia física o psicológica fenece a los seis meses.

Empero la parte final del referido que deja expedita la acción mientras “subsistan” los hechos que la motivan, deja expedito un amplio radio de acción jurisdiccional.

2.- Los orígenes legislativos de la de la imposibilidad de hacer vida en común

Reposan en el derecho inglés mediante la “*Divorce Reform Act*” de 1969 y la “*Matrimonial Causes Act*” de 1973, que representan en principio, la consagración de un sistema abierto de divorcio-remedio causado, en tanto no se acude como regla a la fijación de tipos concretos y cerrados para tener por acreditada la quiebra matrimonial invocada⁵.

Ello para el sistema romano-germánico a la fecha sólo ha servido como base para un estudio curioso y meramente académico del derecho comparado y no pocos juristas señalan que se trata de un híbrido desde diversos puntos de vista al tratar de conciliarse concepciones por demás opuestas.

Se puede afirmar que el derecho inglés establece una única causa de divorcio: la quiebra irremediable del matrimonio (*irretrievable breakdown of marriage*)⁶. Del análisis del artículo 1º, Inc. 1 de la ley, que reza:

⁴ CABELLO Matamala, Carmen Julia. *Divorcio ¿Remedio en el Perú?* En: Derecho PUCP. Número 54. 2001. Lima. Pp. 32.

⁵ CRETNEY, Stephen & MASSON, Judith. *Principles of Family Law. Sweet & Maxwell*. London. 1992. Pp. 98.

⁶ *Ibíd.* Pp. 98.

“cualquiera de los cónyuges puede presentar ante el tribunal una demanda de divorcio sobre la base de que el matrimonio ha fracasado irremediablemente”;

Sin dejar de lado el Inc. 4 del mismo artículo que especifica el que el tribunal estará facultado a rechazar la demanda si está

“convencido por todas las pruebas que el matrimonio no ha fracasado irremediablemente”.

En el derecho inglés se aprecia pues que a diferencia del sistema nacional, están otorgadas muy amplias atribuciones conferidas hacia sus jueces.

Pero el poder jurisdiccional encuentra límites de todas maneras al preveer casos concretos de apreciación; a saber:

- a) Que el demandado ha cometido adulterio y que el demandante encuentra intolerable la convivencia con él.
- b) Que el demandado se ha comportado en modo tal que no se puede esperar razonablemente que el demandante conviva con él.
- c) Que el demandado haya abandonado al demandante por un período continuo no inferior a dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.
- d) Que los cónyuges hayan vivido separados por un período continuo no inferior a dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, y el demandado consciente en que se dicte una sentencia de divorcio.
- e) Que los cónyuges hayan vivido separados por un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.

De un lado, la sanción de una única fórmula denominada *irreparable destrucción del matrimonio* y, por otra, la señalización de los casos en que aquella ruptura se ha de tener por acreditada, tratan según algunos de ampliar las posibilidades de tratamiento hacia los operadores y de otro, que habría mayor confusión tras un entusiasta intento por englobar todas las probables in conductas. Nótese que pese a ello no ha quedado absolutamente clara la noción de culpa matrimonial, dado que si bien la posición doctrinaria enarbola el estandarte de la *“destrucción”* matrimonial, de todas maneras se menciona una necesaria imputación al otro cónyuge.

De hecho, la ley inglesa requiere invocación y probanza en los diferentes casos mencionados.

3.- En el derecho comparado

El derecho comparado al respecto brinda un muy variado espectro comparativo de sistemas. Sobre los consultados, hemos optado por los más significativos a efectos de mostrar elementos de mayor contrastación.

Sumado al enfoque sajón de la institución, la legislación cubana determina en su Código de Familia que⁷:

“Artículo 51°.- Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad”

La fórmula cubana implica dos variantes importantes o denominadas de tipo abierto. De un lado, la fórmula privada de invocación y del otro, la presencia estatal que al señalar la comprobación de haberse “perdido el sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad”, determina que los deberes de lecho, habitación, fidelidad y asistencia recíproca, supuestos que sirven de soporte real a toda unión matrimonial, han perecido.

En el caso, la comprobación que ordena la norma sea verificada por el tribunal, en el sentido de la determinación del tenor referido, implica un actuar en absoluto dinámico de parte del juzgador y la total responsabilidad sobre la dilucidación y resultado final. No obstante, se trata de la delegación de confianza en el magistrado que parte no solo desde la norma, sino desde los propios interesados.

La explicación de la situación de imposibilidad deviene así:

“Artículo 52°.- Se entiende, a los efectos de esta ley que el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello para la sociedad, cuando existen causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y de una mujer en que de modo adecuado se puedan ejercer derechos, cumplir obligaciones y los fines a que se refieren los artículos 24 al 28 (se refieren los citados a las obligaciones y cargas matrimoniales conforme las conocemos en el ordenamiento nacional)”.

Los términos referidos a que el matrimonio *haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro*, determinan una redacción jurídica de desconocidos antecedentes en el ordenamiento latinoamericano, dado que significa un pronunciamiento ajeno a componentes jurídicos que puedan comprobarse.

Otros ordenamientos como es el caso del derecho de familia panameño⁸, señalan no necesariamente la imposibilidad de hacer vida en común, conforme

⁷ Ver Ley N° 1289, Código de Familia de Cuba, del 14 de febrero de 1975 y modificatorias.

⁸ Ver Ley N° 3 del 17 de mayo de 1994, Código de Familia de Panamá.

trata la exigencia casatoria en análisis, pero si de aproximaciones a la institución; a saber:

“Artículo 212.- Son causas de divorcio:

2°.- El trato cruel o psíquico, si con el se hace imposible la paz y el sosiego doméstico”.

Con dicho tenor incumpliríamos la exigencia contenida por el quinto considerando de la resolución casatoria en examen, si fuera el caso, toda vez que la misma requiere especificidad en la determinación de la causal y la mostrada por el ordenamiento panameño en apariencia, involucra en una misma causal, las situaciones que conocemos como violencia física o psicológica, pero a la vez, el agregado de hacerse por ello *imposible la paz y el sosiego doméstico*, señalan que en dichas condiciones, la convivencia normal familiar no resulta posible.

VII. CONCLUSIONES

1.- La resolución casatoria N° 4895-2007 en examen nos ha permitido incursionar en un tema de particular importancia desde el análisis doctrinario primero y luego procesal. Desde el punto de reflexión doctrinario se trata de encuadrar en modo correcto e interpretar el concepto de la imposibilidad de hacer vida en común y el camino optado por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República para diferenciar ambos conceptos. Acercarlos implicaba transitar por otro sistema diferente al divorcio sanción, el cual impera aun en nuestro ordenamiento.

2.- El aspecto procesal formal se ha impuesto en el presente, al valorar el imperio del artículo 335 del Código Civil que impide como es lógico determinar, la postulación del hecho propio como causal, dado que ello trastornaría todo ordenamiento y lógica posible: Sería el caso entonces que cada quien invoque su propio adulterio entre otros, para obtener una sentencia de divorcio, a tenor de la orientación que se presenta, por cuanto los factores que determinan la incompatibilidad de caracteres o de personalidades, en efecto resultan ser de responsabilidad o en toda caso de invocación de pareja, para postular ya no una demanda de divorcio, sino una de separación por la causal invocada.

3.- Cabe señalar que las legislaciones invocadas señalan una tendencia que no resulta pertinente calificar en estos momentos, pero si mostrar las variables que presenta. Ordenamientos tan disímiles como el cubano y el inglés, convienen en otorgar el denominado *tipo abierto* para salir del encasillamiento del sistema de causales, tan propio de nuestra legislación, figura que en tiempos modernos resulta un tanto limitada para resolver situaciones de quiebre matrimonial en que el decaimiento del vínculo se muestra no solo frecuente, sino por demás evidente sea por las razones que fuere.

4.- La conducta propia o el hecho propio en nuestro ordenamiento no ostenta mención singular en la Exposición de Motivos del Código Civil vigente,

situación que a la fecha determina la ausencia de antecedentes en doctrina local. El denominado *proceso judicial previo* es confundido con la *debida probanza en proceso judicial*. Sobre el primer aspecto, resulta bastante usual que los letrados entiendan la acumulación de procesos judiciales previos para la invocación de esta causal. En el presente, acompañan a la demanda hasta dos procesos concluidos: Uno por violencia familiar y otro por faltas contra la persona, en ambos casos con pronunciamientos favorables a la demandante; esfuerzo inútil, dado que la legislación actual menciona dicha posibilidad, pero sólo y a través de los incisos 6 y 10 del artículo 333 del Código Civil, para caer en consideración de que la invocación en los actuados no resultaba la más acertada. Respecto del segundo aspecto, debe entenderse que la causal invocada debe hacerse viable jurídicamente, dentro del proceso en el cual se postula, transitadas todas las etapas probatorias que señala nuestro ordenamiento.

5.- Es de particular señalamiento el séptimo considerando de la sentencia casatoria que determina un manifiesto contrasentido en los elementos probatorios presentados. De un lado, a la abundancia material probatoria presentada que pretende demostrar la imposible noción de vida en común postulada en modo prolijo, pero con la inobservancia de mencionar hechos imputables en esencia hacia ambos actores, si bien uno de mayor protagonismo que el otro, de todas maneras implica coautoría civil de conductas impropias. Así, el viaje señalado de manera conjunta, tras exponer siempre ambos en diferentes estadios del proceso una declarada insolvencia sentimental de la unión matrimonial, implica finalmente un contrasentido que no pudo dejarse de lado por la autoridad jurisdiccional.