

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**



**LA REGULACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL**  
**EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y EL DERECHO AL**  
**LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**

**TESIS**

**PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON**  
**MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y EMPRESARIAL**

**Autor:**

Avalos Pretell, Bruno Fernando

**Asesora:**

Díaz Cabrera, Melissa Fiorella

**Fecha de sustentación: 2019-11-07**

**TRUJILLO-PERÚ**

**2019**



**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**



**LA REGULACIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL**  
**EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y EL DERECHO AL**  
**LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**

**TESIS**

**PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON**  
**MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y EMPRESARIAL**

**Autor:**

Avalos Pretell, Bruno Fernando

**Asesora:**

Díaz Cabrera, Melissa Fiorella

**Fecha de sustentación: 2019-11-07**

**TRUJILLO-PERÚ**

**2019**

## DEDICATORIA

*A Dios, por brindarme salud.*

*A mis padres y madres, por su amor incondicional.*

*A Adriana, por ser más que una hermana.*

## AGRADECIMIENTOS

*A mi alma mater, la Universidad Privada Antenor Orrego, por ser la cuna de conocimiento que me formó y formará a futuras generaciones.*

*A mi asesora de tesis, la Dra. Melissa, por sus consejos, paciencia y su rol de guía en el desarrollo del presente trabajo de investigación.*

*A mis amigos del Círculo de Investigación Jurídica Civil, en donde pude debatir las ideas preliminares que tuvieron como resultado este trabajo de investigación.*

## PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado.-

De mi mayor consideración:

**Bruno Fernando Avalos Pretell**, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta superior casa de estudios, cumpliendo con las directrices fijadas para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de la Escuela de Posgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el grato honor de presentar ante ustedes el presente trabajo de investigación denominado: **“La regulación de la causal de separación convencional en el ordenamiento jurídico peruano y el derecho al libre desarrollo de la personalidad”**, el cual ha sido elaborado siguiendo las pautas metodológicas aplicables a la naturaleza propia de esta investigación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de esta tesis, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aprobación y sustentación.

Asimismo, aprovecho la oportunidad para expresarles las muestras de mi especial consideración y estima.

Atentamente.

---

Bach. Bruno Fernando Avalos Pretell

## RESUMEN

La presente tesis se titula “La regulación de la causal de separación convencional en el ordenamiento jurídico peruano y el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, la cual se ha orientado a determinar si el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, que regula la causal de separación convencional, se adecua al derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, el enunciado de mi problema es el siguiente: ¿El inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, que regula la causal de separación convencional, se adecua al derecho al libre desarrollo de la personalidad? Siendo su hipótesis la siguiente: “El inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, que regula la causal de separación convencional, no se adecua al derecho al libre desarrollo de la personalidad porque el plazo de dos años que exige para su configuración obliga a los cónyuges a mantener incólume su vínculo matrimonial a pesar que ya han decidido, como una manera de llevar a cabo su proyecto de vida, separarse”. Para analizar el problema se utilizaron métodos lógicos y jurídicos; en los primeros se ubican el deductivo y el inductivo; mientras que, como métodos jurídicos, se emplearon el dogmático, el hermenéutico y el comparativo. Las técnicas empleadas fueron el análisis bibliográfico y el análisis de documentos; por su lado, los instrumentos usados fueron las fichas bibliográficas y la guía de análisis de documentos. El resultado más resaltante se materializa en el hecho que en otros países se ha invocado principalmente al derecho al libre desarrollo de la personalidad para reducir o derogar el plazo legal que establecía cada uno de sus ordenamiento jurídicos para que los cónyuges pretendan su separación de cuerpos vía separación convencional. La conclusión más relevante es que el plazo de dos años de contraído el matrimonio que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional lesiona el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, toda vez que obliga a los mismos a mantener incólume su vínculo matrimonial sin que exista un principio, fin o derecho constitucional que ampare su existencia.

## **ABSTRACT**

The present thesis is entitled "The regulation of the causal of conventional separation in the Peruvian legal system and the right to free development of personality", which has been aimed at determining whether paragraph 13 of Article 333 of the Civil Code, which regulates the conventional separation, is appropriate to the right to free development of personality. In this sense, the wording of my problem is as follows: Does article 333 of the Civil Code, which regulates the cause of conventional separation, fit the right to free personality development? Its hypothesis being as follows: "Article 333(13) of the Civil Code, which regulates the causal ground of conventional separation, does not conform to the right to free development of personality because the two-year period required for its configuration obliges spouses to keep their marriage bond untouched even though they have already decided, as a way to carry out their life project, to separate themselves." Logical and legal methods were used to analyse the problem; deductive and inductive are located in the former; while dogmatic, hermeneutic and comparative were used as legal methods. The techniques used were bibliographic analysis and document analysis; while the instruments used were the bibliographic sheets and the document analysis guide. The most prominent result materializes in the fact that in other countries the right to free personality development has been invoked mainly to reduce or repeal the legal period of marriage established by each of its legal systems for spouses to seek their separation of bodies through conventional separation. The most relevant conclusion is that the two-year period of marriage required by article 13(13) of the Civil Code to seek the separation of bodies through conventional separation injures the right to the free development of the personality of the spouses, since it obliges them to keep their marital bond uncontained without there being a principle, end or constitutional right that guarantees their existence.



## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>3</b>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	<b>5</b>
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>7</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>14</b>
1.1. El problema .....	14
1.1.1. Planteamiento del problema .....	14
1.1.2. Enunciado .....	16
1.2. Hipótesis.....	16
1.3. Variables.....	16
1.3.1. Variable independiente.....	16
1.3.2. Variable dependiente.....	16
1.4. Objetivos.....	16
1.4.1. General.....	16
1.4.2. Específicos .....	16
1.5. Justificación .....	17
1.5.1. Teórica .....	17
1.5.2. Social.....	17
1.6. Antecedentes.....	18
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b> .....	<b>20</b>
<b>SUB CAPÍTULO I: TEORÍAS SOBRE EL DIVORCIO Y LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL</b> .....	<b>20</b>
1.1. Corrientes en torno al divorcio: divorcistas y antidivorcistas .....	20
1.2. Antecedentes del divorcio .....	21
1.3. Necesidad de regular el divorcio .....	23
1.4. Teorías.....	23
1.4.1. Divorcio absoluto y relativo .....	23
1.4.2. Divorcio causado e incausado .....	24
1.4.3. Divorcio sanción o remedio .....	25

1.5. Ubicación de la separación convencional dentro de las teorías sobre el divorcio .....	26
<b>SUB CAPÍTULO II: LA SEPARACIÓN DE CUERPOS.....</b>	<b>28</b>
2.1. Antecedentes.....	28
2.2. Definición.....	28
2.3. Regímenes de regulación.....	29
2.4. Características.....	30
2.5. Efectos.....	30
2.5.1. Respecto a los cónyuges .....	30
2.5.2. Respecto a los hijos .....	31
2.6. Fin de la separación de cuerpos.....	32
2.6.1. Reconciliación .....	32
2.6.2. Divorcio ulterior .....	33
2.6.3. Muerte .....	33
<b>SUB CAPÍTULO III: LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL.....</b>	<b>34</b>
3.1. Antecedentes.....	34
3.2. Definición.....	35
3.3. Nomenclatura .....	35
3.4. Comentarios a sus críticas .....	36
3.5. Características.....	38
3.6. Efectos.....	38
3.6.1. Efectos en cuanto a los hijos.....	38
3.6.2. Efectos en cuanto a los cónyuges.....	39
3.7. Naturaleza jurídica.....	39
3.8. Elementos.....	40
3.9. Estudio analítico de su regulación a nivel sustantivo y procesal.....	40
3.9.1. Legitimidad para obrar.....	40
3.9.2. Competencia .....	40
3.9.3. Vía procedimental.....	41
3.9.4. Participación del Ministerio Público .....	41
3.9.5. Consulta .....	41
3.9.6. Requisito especial de procedencia.....	41

3.9.7. Tramitación del proceso de separación de cuerpos vía separación convencional.....	42
3.10. Procedimiento notarial y municipal .....	43
3.11. Su desarrollo en el derecho comparado .....	44
3.11.1. España .....	44
3.11.2. Argentina .....	46
<b>SUB CAPÍTULO IV: EI CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD .....</b>	<b>48</b>
4.1. El punto de partida: la persona humana y la libertad.....	48
4.2. Definición.....	50
4.3. Su reconocimiento en la normativa constitucional.....	51
4.4. Características.....	52
4.5. Su naturaleza jurídica .....	52
4.6. Contenido esencial .....	54
4.7. Desarrollo jurisprudencial .....	55
4.7.1. Tribunal Constitucional peruano.....	55
4.7.2. Jurisprudencia comparada .....	58
<b>SUB CAPÍTULO V: EL PLAZO PARA PRETENDER LA SEPARACIÓN DE CUERPOS, VÍA SEPARACIÓN CONVENCIONAL, Y SU ADECUACIÓN AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD .....</b>	<b>61</b>
3.1. En el ordenamiento jurídico internacional.....	61
3.1.1. Argentina .....	61
3.1.2. México .....	62
3.1.3. Costa rica .....	62
3.2. En la legislación nacional .....	63
3.2.1. El Estado Constitucional de Derecho y la constitucionalización del Derecho de Familia .....	63
3.2.2. Nociones preliminares: matrimonio y separación convencional.....	64
3.2.3. El requisito temporal para pretender la separación convencional.....	65
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA .....</b>	<b>71</b>
3.1. Materiales .....	71
3.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	71

3.2.1. Técnicas .....	71
3.2.2. Instrumentos.....	72
3.3. Procedimientos .....	72
3.4. Diseño de Contrastación .....	73
3.5. Procesamiento y análisis de datos .....	73
3.5.1. Métodos lógicos .....	73
3.5.2. Métodos jurídicos .....	73
<b>CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....</b>	<b>75</b>
4.1. Estudio Legislativo.....	75
4.2. Estudio Jurisprudencial.....	79
<b>CAPÍTULO V: PROPUESTA.....</b>	<b>83</b>
5.1. Propuesta legislativa.....	83
<b>CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES .....</b>	<b>92</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>93</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

Gráfico.....	75
Cuadro Nro. 1.....	77
Cuadro Nro. 2.....	79
Cuadro Nro. 3.....	81

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

### 1.1. El problema

#### 1.1.1. Planteamiento del problema

La vigencia del Estado Constitucional de Derecho significó la concreción de un nuevo modelo político e ideológico, en donde la Constitución adquirió un rango normativo y principista superior al que se le había atribuido hasta ese entonces a la ley (Gascón y García, 2016).

Esto implicó que con la Carta Magna se establezcan límites a los diversos poderes públicos, especialmente al Poder Legislativo, lo cual significó controlar la labor del legislador, a fin de evitar cualquier tipo de abuso o arbitrariedad que lesionase los derechos y limitase las libertades de los sujetos de derechos integrantes de un Estado.

En lo que atañe al Derecho de Familia, la influencia del citado modelo significó que la normatividad familiar sea aplicada, interpretada e integrada a la luz de los derechos y principios constitucionales recogidos en la imperante Constitución de un país, por lo que esta rama del Derecho empezó a ser concebida “como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar” (Roca citado por Fernández, 2005, p. 20).

Una de las figuras jurídicas familiares que más cambios ha sufrido por la constitucionalización del Derecho de Familia es el matrimonio, el cual, en países como España y Argentina, ha dejado de ser visto como una categoría esencialmente natural, inmutable e indisoluble ligada exclusivamente a los fines procreacionales, para pasar a ser concebido como un acto jurídico familiar en sentido estricto por el cual los cónyuges buscan alcanzar su desarrollo personal; así, pasó de ser tratado como un fin en sí mismo, para convertirse en un medio de realización individual, en donde cada uno de los esposos busca que entre ellos se concretice el establecimiento de lazos sexuales, afectivos y de identidad, solidaridad y compromiso.

En el Estado peruano, lo anteriormente descrito no se presenta en su totalidad, pues la regulación del Derecho de Familia contenida en el Código Civil de 1984 se inspiró en los principios y dispositivos legales que reconoció la derogada Constitución Política del Perú de 1979, los cuales difieren, en lo que concierne al matrimonio, sustancialmente de lo que actualmente ha recogido la vigente Carta Magna.

Ello se advierte nítidamente en la regulación del sistema de decaimiento y divorcio ulterior lograda por la vía de la separación convencional, en donde se prefiere proteger al acto matrimonial –bajo la idea de establecer una “garantía de seriedad del propósito de separación y (...) como periodo de reflexión a los cónyuges” (Plácido, 2008, p. 24)– en perjuicio del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (cuyo respaldo normativo se encuentra en el inciso 1 del artículo 2 de la Carta Magna de 1993), por el cual los cónyuges tienen la plena autodeterminación consciente y responsable de tomar las decisiones que dirigirán su proyecto de vida (Deverda, 2014), lo cual implica que el Estado no pueda interferir inadecuadamente en su desarrollo individual, sino, por el contrario, debe de encaminar su labor a lograr que estos se realicen plenamente como personas (Del Moral, 2012).

En efecto, de un análisis atento del inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, se puede advertir que el legislador ha establecido que solo se puede lograr la separación de cuerpos, bajo la vía de la separación convencional, si esta se efectúa después de dos años de celebrado el matrimonio.

En este sentido, el legislador condiciona la separación personal vía separación convencional a un requisito temporal, lo cual no se condice con la constitucionalización del Derecho de Familia ni con la garantía, tutela y reconocimiento que merecen los derechos constitucionales.

Todo ello hace que se reflexione sobre la necesidad de mantener vigente dicho plazo, la adecuación de su fundamento a la vigente Carta Magna y la lesión que produce su exigencia legal sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, de lo anteriormente descrito, es

necesario determinar si el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, que regula la causal de separación convencional, se adecua al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

### **1.1.2. Enunciado**

¿El inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, que regula la causal de separación convencional, se adecua al derecho al libre desarrollo de la personalidad?

## **1.2. Hipótesis**

El inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, que regula la causal de separación convencional, no se adecua al derecho al libre desarrollo de la personalidad porque el plazo de dos años que exige para su configuración obliga a los cónyuges a mantener incólume su vínculo matrimonial a pesar que ya han decidido, como una manera de llevar a cabo su proyecto de vida, separarse.

## **1.3. Variables**

**1.3.1. Variable independiente:** El inciso 13 del artículo 333 del Código Civil que regula la causal de separación convencional.

**1.3.2. Variable dependiente:** El derecho al libre desarrollo de la personalidad.

## **1.4. Objetivos**

### **1.4.1. General**

Determinar si el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, que regula la causal de separación convencional, se adecua al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

### **1.4.2. Específicos**

**1.4.2.1.** Analizar doctrinariamente la separación convencional, como causal para pretender la separación de cuerpos, a fin de



entender su naturaleza jurídica, efectos y características esenciales.

**1.4.2.2.** Explicar el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, con el fin de vincularlo con la separación convencional, como causal para petitionar la separación de cuerpos.

**1.4.2.3.** Proponer la derogación del plazo de dos años de contraído el matrimonio que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para demandar la separación de cuerpos.

## **1.5. Justificación**

### **1.5.1. Teórica**

El presente trabajo busca aportar a la doctrina nacional un nuevo enfoque sobre la regulación de la separación convencional a la luz del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, a fin de considerar que el plazo legal de dos años que exige el Código Civil no se adecua con el nuevo paradigma que exige la concreción del Estado Constitucional de Derecho.

Así, lo que se brindará es una nueva propuesta doctrinaria y jurisprudencial, que parte del derecho constitucional, para cuestionar la vigencia del plazo legal de dos años prescrito en el inciso 13 del artículo 333 del acotado Código sustantivo.

### **1.5.2. Social**

Son cada vez más los cónyuges que deciden el decaimiento de su vínculo matrimonial; por ello, el presente trabajo busca dotar de mayores argumentos a estos para que pretendan en la vía judicial una separación de cuerpos expeditiva, invocando para ello la causal de separación convencional, sin esperar el plazo de dos años que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil.

De este modo, se logrará que ya no se les obligue de manera irrazonable a seguir manteniendo incólume el vínculo conyugal que los une; lo cual

coadyuvará a reducir las crisis familiares y tutelaré en mayor medida la libertad que tienen los esposos para decidir todo lo concerniente a su proyecto de vida.

### **1.6. Antecedentes**

Se tiene como antecedente la tesis titulada: Modificación del plazo para la separación convencional y divorcio ulterior, del bachiller Noe Chirinos Rivero (2017), para optar el grado académico en Derecho con mención en Derecho Civil y Procesal Civil, presentada en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, en el año 2017; cuyas conclusiones esenciales fueron las siguientes:

- Para iniciar el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, las parejas tienen que esperar entre dos a más años, pese a que ambos ya no desean seguir juntos, produciéndose así una recarga innecesaria de labores judiciales si se optase por divorciarse judicialmente.
- El plazo que se exige para la separación convencional agrava la situación de los cónyuges cuya relación se ha vuelto insostenible; problema que se hace más latente si se observa que el 70% de los procesos de divorcio son por esta causal.
- Reducir el plazo para iniciar el proceso de separación convencional y divorcio ulterior es un procedimiento válido y facilitador, toda vez que posibilita que su tramitación sea más simple y transcurra de manera pacífica.

También como antecedente se ubica la tesis denominada: El plazo de la interposición de una demanda de separación convencional y/o divorcio ulterior y su repercusión sobre los derechos patrimoniales en un régimen de sociedad de gananciales en el Perú, del bachiller Jossé Miguel Romero Castillo (2017), para optar el título profesional de abogado, presentada en la Universidad Privada Antenor Orrego, en el año 2017; cuyas principales conclusiones fueron las siguientes:

- A pesar que no existe doctrina que se oriente a explicar las ventajas de reducir el plazo para pretender la separación convencional, es necesario adecuar la norma a la realidad, por lo que el referido plazo debe ser reducido a un año.
- El plazo de dos años atenta contra la libre voluntad de las partes de poder disolver el vínculo que los une; asimismo, trunca transitoriamente el proyecto de vida de los cónyuges, debido a que no podrán realizar actos comerciales mientras se mantengan casados.
- Si el matrimonio es un acto de liberalidad en el cual sus integrantes deciden cuando celebrarlo, también debería ampliarse dicha libertad cuando ambos partícipes deciden poner fin a dicho vínculo jurídico; por consiguiente, la decisión no puede estar sujeta a un plazo.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **SUB CAPÍTULO I TEORÍAS SOBRE EL DIVORCIO Y LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL**

#### **1.1. Corrientes en torno al divorcio: divorcistas y antidivorcistas**

Son dos las posturas que a lo largo de la historia se han enfrentado respecto a la conveniencia o no de regular la institución del divorcio en un determinado Estado. Estas son las posiciones antidivorcista y divorcista.

En cuanto a la primera, esta parte del entendido que el matrimonio es una institución natural, la cual tiene como rasgo esencial la indisolubilidad del vínculo que une a los cónyuges (Sambrizzi, 2004).

Así, el divorcio, que es una creación del hombre, lo único que hace es afectar grave e irremediabilmente al carácter natural del matrimonio, perjudicando de este modo las esperanzas de los cónyuges, así como la que ha depositado sobre ella la sociedad (De Ibarrola, 1993).

De este modo, la mera existencia del divorcio genera males irreparables, debido a que estimula la celebración de diversos matrimonios sin que se tome conciencia de su real fin, impide que los esposos presten todos sus esfuerzos para dar solución a los conflictos familiares, pone en peligro económico a la mujer y desnaturaliza al matrimonio al dejar de lado el interés público que lo fundamenta y al no permitir que se cumplan los fines matrimoniales de procreación y mutuo auxilio (Cornejo, 1999).

Respecto a la postura divorcista, se sostiene que el divorcio resulta ser conveniente para la sociedad porque da solución a los denominados matrimonio rotos; es decir, que pone fin a aquellas relaciones en los que no existe un nexo real afectivo que pueda justificar su existencia (Aguilar, 2018).

En este sentido, la indisolubilidad del matrimonio no puede ser vista como una regla absoluta ni general, debido a que la unión entre los cónyuges puede debilitarse y por ende se deja de cumplir con los fines que la sustentan, a tal punto que resulte ser más dañoso mantener el vínculo que separarlo (Varsi, 2004).

En el presente trabajo de investigación se acoge la segunda postura, debido a que el divorcio, sea relativo o absoluto, no es el que genera las desavenencias matrimoniales, sino que aparece como una solución a ser acogida por los cónyuges para poner fin a su relación y por ende a lo único que sigue dando vigencia a su problema.

## **1.2. Antecedentes del divorcio**

El divorcio se instituye como una creación del hombre cuya génesis es remota, siendo una de sus primeras apariciones en el Antiguo Testamento, en el cual se permitía al marido repudiar a su esposa cuando esta incurría en alguna causa torpe; para ello, debía escribirle dicho repudio y entregarle la respectiva carta en su mano, a fin de que después la despidiera de la casa (Azpiri, 2005a).

Años después, en Egipto, se admitió el repudio, el cual, en primer término, se efectuaba por causa grave (esterilidad, enfermedad y adulterio), para posteriormente darse sin necesidad de probar alguna causa (Belluscio, 2004).

En Persia el hombre podía repudiar por causa de esterilidad a la mujer, siempre y cuando habían transcurrido nueve años desde que se celebró el matrimonio (Belluscio, 2004).

Luego, en Babilonia, si bien la regla general era la indisolubilidad del vínculo conyugal, el esposo estaba autorizado a repudiar a su esposa; para ello tenía que probar cualquiera de las siguientes causales de repudio: esterilidad de la mujer después de estar nueve años casados, el abandono efectuado por la esposa y la dilapidación de los bienes de la cónyuge (Sambrizzi, 2004).

En lo que respecta al Código de Hammurabi, aquí se recogía el repudio en contra de la esposa, siempre que exista causa comprobada; caso contrario, el marido tenía que pagar a su favor una indemnización consistente en la restitución de la dote y una parte de los bienes muebles y de la hacienda, así como también un porcentaje de la herencia que estaría destinada a la crianza de los hijos comunes (Sambrizzi, 2004).

Posteriormente, ya en la Antigua Grecia, el divorcio por repudio era efectuado por el marido en contra de la mujer por cualquier motivo (Belluscio, 2004).

En el caso de Atenas, el repudio se efectuaba de manera excepcional, aunque la mujer tenía permiso para pedir la separación, lo cual podía darse al haber sido víctima de malos tratos por parte del marido o este le hubiese corrompido. Asimismo, los cónyuges podían divorciarse por mutuo acuerdo (Belluscio, 2004).

En Roma, la Ley de las XII Tablas permitía el divorcio, aunque solo si lo solicitaba el marido, quien podía repudiar a su esposa siempre que esta hubiese envenenado a sus hijos, por sustraer las llaves y por tener sexo con otro hombre; en el supuesto que la repudiase por otras causas, debía de concederle una parte de sus bienes y otra al dios Ceres (Belluscio, 2004).

A inicio de la era cristiana, el matrimonio era fácilmente disuelto, bastando que exista una separación de hecho y por consiguiente desaparezca la *affectio maritalis* (Sambrizzi, 2004).

Luego, en la época de Justiniano (año 542), se prohibió el divorcio por mutuo acuerdo; sin embargo, ello fue dejado sin efecto en el año 552 con el emperador Justino II.

En lo que respecta a los germanos, en su sociedad imperó el divorcio por mutuo consentimiento, por convenio efectuado entre el marido y los parientes de su mujer y mediante el repudio, el cual se daba legítimamente cuando se presentaban ciertas circunstancias: esterilidad de la mujer, adulterio, mal comportamiento, la negación de seguir al esposo, la impotencia, el cautiverio y la reducción al estado de esclavitud (Belluscio, 2004).

En el caso de los pueblos indígenas, en la época de la conquista operaba el repudio del marido hacia la mujer (Sambrizzi, 2004).

Años después, ya con el Código de Napoleón vigente, se permitió el divorcio por causas graves imputables a uno de los esposos y también por mutuo consentimiento (Azpiri, 2005a).

Finalmente, al iniciar la Edad Contemporánea, con la Revolución Francesa (año 1792), se permitió el divorcio por tres causales: mutuo consentimiento, voluntad de los cónyuges y determinadas y corrientes (Cornejo, 1999).

### **1.3. Necesidad de regular el divorcio**

La necesidad de regular el divorcio se traduce en el hecho que existen matrimonios rotos que por sus circunstancias concretas requieren que el vínculo matrimonial pueda disolverse.

Así, el divorcio no busca dar solución a los problemas que han generado el fracaso del matrimonio, sino a las situaciones que se generan por seguir manteniendo el vínculo anómalo (Plácido, 2002).

En este sentido, el divorcio debe tener como objetivo el reforzar la institución del matrimonio, a tal punto que si se va a aplicar a los matrimonios rotos, no se puede sostener que sea causa de dicha ruptura. En efecto, el matrimonio ya estaba roto, por lo que no tiene sentido la negativa al divorcio (Plácido, 2002).

Como materialización de lo anteriormente explicado, se tiene que cada año va aumentando el número de divorcios. Así, en el año 2017, en todo el Perú, se inscribieron ante Registros Civiles 16049 divorcios, mientras que en el departamento de La Libertad el número ascendió a 773; resultados que demostrando un incremento al del año 2016, en donde el número nacional de divorcios ascendió a 15225, mientras que en La Libertad el número ascendió a 783 (Sub Gerencia de Estadística del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, 2018).

## **1.4. Teorías**

### **1.4.1. Divorcio absoluto y relativo**

Se estará ante un divorcio absoluto cuando se pretende disolver de forma directa el vínculo conyugal, a fin de que los ex esposos estén nuevamente habilitados para contraer nuevas nupcias (Belluscio, 2004).

En cambio, el divorcio relativo o separación de cuerpos, viene a ser un divorcio absoluto limitado, toda vez que persiste el vínculo matrimonial

pero cesa, entre otros deberes, de forma principal, el deber de cohabitar (Belluscio, 2004).

#### **1.4.2. Divorcio causado e incausado**

Dependiendo de si se tiene que probar o no determinado hecho para lograr el divorcio, se estará ante un divorcio causado o incausado.

En primer término, para poder definir esta tipología es necesario que se explique previamente que se entiende por causales.

Así, en palabras de Aguilar (2018) las causales vienen a ser conductas ilícitas, debido que atentan contra los derechos y deberes que se desprenden del matrimonio, tales como la asistencia, cohabitación y la fidelidad.

En este sentido, están integradas por todo acto u omisión, sea doloso o culposo, que se imputa a uno de los esposos (pero pudiendo ser realizados por ambos) que dañan la confianza recíproca y el respeto mutuo que debe imperar en todo matrimonio; de tal manera que, una vez ocurridas, habilitan al cónyuge inocente a emplearlas como sustento para pretender la separación de cuerpos o el divorcio absoluto (Canales, 2016; Lagomarsino citado por Méndez Costa y D'Antonio, s.f.; Plácido, 2002).

Teniendo en cuenta lo anteriormente explicado, vendrían a caracterizarse por ser de orden público, previstas en la ley, determinadas por el juez y se rigen por los principios de imputabilidad, gravedad, taxitividad e invocabilidad (Canales, 2016).

Ahora bien, en cuanto al divorcio causado, se tiene que este responde a las ideas que entendían al matrimonio como una institución perpetua por naturaleza, que solo admite al divorcio de forma excepcional. De este modo, se tiene que la ley recoge aquellas conductas que se configuran como violatorias de los deberes y derechos conyugales; pueden ser de naturaleza objetiva (divorcio remedio) o subjetiva (divorcio sanción) (Plácido, 2002).

En lo que concierne al divorcio incausado, se estará ante este tipo de divorcio cuando no es necesario que exista alguna causa invocada y



probada para pretender la separación de cuerpos o la disolución del vínculo matrimonial.

Así, no existe un cónyuge culpable o inocente, pudiendo ser pretendido el divorcio por cualquier de ellos.

#### **1.4.3. Divorcio sanción o remedio**

El divorcio sanción o por causas subjetivas se fundamenta en las leyes del siglo XIX que recogieron los principios básicos del derecho canónico (Mizrahi citado por Fernández, 2016).

Bajo este tipo de divorcio, se parte de la idea que no existe razón para que se mantenga la vida en común, la cual se hace insoportable (Huaita citado por Fernández, 2016) por la conducta desplegada por uno de los cónyuges que ha generado el incumplimiento de uno de los deberes que acarrea el vínculo matrimonial, esto es, se ha generado el fracaso matrimonial por culpa de uno o ambos cónyuges (Aguilar, 2018; Zannoni, 2002).

Las causales subjetivas poseen ciertos rasgos: a) ser una omisión o acción de naturaleza voluntaria; b) ser una conducta grave que haga insoportable continuar con la vida en común; c) basta que resulte afectado el inocente, sin interesar la real intención del culpable; d) la imposibilidad de compensar las culpas, lo que supone que si ambos son culpables, a ambos se les reprochará dicha conducta; sin embargo, ello no es óbice para que el juez tenga en cuenta ello al momento de determinar la responsabilidad que le corresponde a cada uno de manera respectiva; e) solo pueden ser invocadas por el inocente; f) deben ser planteadas inmediatamente, a fin de que no caduquen; g) las conductas que violentan los deberes y derechos matrimoniales deben darse después de celebrado el matrimonio (Herrera, 2009).

En términos generales, la sanción se efectúa tanto en el aspecto patrimonial como personal. Así se tiene que si el matrimonio se sujetó al régimen de la sociedad de gananciales, el culpable pierde los frutos y productos que se derivan de los bienes propios del inocente; el juez puede conceder al inocente un resarcimiento por el daño moral que ha sufrido a

causa del comportamiento del culpable; finaliza la obligación de prestar alimentos de forma recíproca entre los cónyuges, a menos que uno de ellos se encontrase en un extremo estado de necesidad; el culpable pierde los derechos hereditarios que le corresponde; y, finalmente, termina siendo suspendida la patria potestad del cónyuge culpable (Fernández, 2016).

Al tener como base la conducta antijurídica de uno de los cónyuges, solo puede ser pretendido por el cónyuge inocente; de este modo, opera el aforismo jurídico: nadie puede ser favorecido por su propio dolo.

Por su lado, el divorcio remedio se caracteriza porque no busca a un cónyuge culpable, sino que existe una situación objetiva que vuelve inviable que siga manteniéndose incólume el vínculo matrimonial.

Así, el divorcio es visto como un remedio, pues pasa a ser entendido como una salida del conflicto conyugal, el cual se caracteriza porque los cónyuges no pueden, no desean o no conocen si deben seguir manteniendo su vida en común (Aguilar, 2018).

En este sentido, se sostiene que el conflicto sería, en sí mismo, la causa del divorcio, sin que importe los motivos que generaron el conflicto (Bossert y Zannoni citado por Fernández, 2016).

Por consiguiente, este tipo de divorcio no se basa en algún tipo de culpa, sino en la resquebrajamiento de la realidad convivencial (Plácido, 2002).

En este sentido, Plácido (2002) sostiene que:

La diferencia sustancial entre la concepción del divorcio sanción y del divorcio remedio, reside en que el primero consideran que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio; mientras que el segundo entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto. (p. 35)

### **1.5. Ubicación de la separación convencional dentro de las teorías sobre el divorcio**

Partiendo de la forma en la que se regula la separación convencional en el ordenamiento jurídico peruano, esto es, del inciso 13 del artículo 333 del

Código Civil, se advierte que se está ante un divorcio relativo, toda vez que los cónyuges solo pueden pretender, invocándola, la separación de cuerpos, consiguiéndose la disolución del vínculo matrimonial únicamente a través del divorcio ulterior, tal como se observa del artículo 349 del citado cuerpo de leyes; por ello, algunos han dicho que se estaría ante un divorcio absoluto indirecto.

En lo que respecta a que si debe sustentarse en alguna conducta infractora de deberes o derechos conyugales, tenemos que el Código Civil no exige que la demanda de separación de cuerpos vía separación convencional exprese las razones determinantes que han generado que el vínculo matrimonial se vea perjudicado; por consiguiente, al no estar sustentada la separación de cuerpos en alguna causal, estaremos ante un divorcio relativo incausado.

Finalmente, al no existir conducta infractora de los deberes o derechos que se desprenden de la relación matrimonial, no se puede sostener que la separación convencional sea un divorcio remedio o un divorcio sanción, ya que ambas teorías requieren como presupuesto la existencia de una causa.

## **SUB CAPÍTULO II LA SEPARACIÓN DE CUERPOS**

### **2.1. Antecedentes**

Surge bajo la influencia de la religión cristiana, la cual, si bien consagró la indisolubilidad del vínculo matrimonial, no ignoró que las pasiones de las personas pueden impedir la convivencia perpetua entre los cónyuges (Cornejo, 1999). Es por ello que el adulterio fue la primigenia causal que motivó la aceptación de la separación de cuerpos.

Es así que viene a ser una “institución heredada del derecho canónico medieval como remedio a los matrimonios rotos” (Plácido, 2002, p. 189).

En lo que respecta al ordenamiento jurídico peruano, la separación de cuerpos tuvo su génesis con el Código Civil de 1852, en donde solo existía esta figura jurídica, siendo inexistente el divorcio ulterior o vincular. Sin embargo, esta separación se refería al matrimonio canónico, que era, para esa época, la única que tenía efectos civiles (Cabello, 1988; Aguilar, 2018). Posteriormente, fue regulada en el Código Civil de 1936, en donde empezó a ser aplicada exclusivamente para el matrimonio civil.

Actualmente se encuentra recogida taxativamente en el Código Civil de 1984, en donde tiene un tratamiento diferenciado de la que se da al divorcio vincular; así, tiene sus propias causales, procedimiento judicial y efectos jurídicos.

### **2.2. Definición**

En palabras de Díez Picazo y Gullón (2012), la separación de cuerpos era una sanción civil por conductas antijurídicas tipificadas en la ley, que se expresaban en el incumplimiento de los deberes conyugales o familiares.

Si bien en un inicio se vinculaba únicamente con las denominadas causales inculpatorias, en el actual régimen normativo peruano también es resultado de las denominadas causales no inculpatorias; es decir, de las creadas a partir de la teoría del divorcio remedio.

Por ello, elaborando una definición neutral, Varsi (2011) sostiene que la separación de cuerpos o también llamado divorcio relativo, es un divorcio limitado, pues solamente consiste en la suspensión de determinados deberes-derechos que se derivan del vínculo matrimonial; lo que en otras palabras supone que se mantiene vigente la relación conyugal (Cornejo, 1999). Suspensión que constituye una situación jurídica fundada en una decisión judicial, notarial o municipal por el cual muta el régimen jurídico de derechos y deberes que interrelacionaba a los cónyuges (Díez-Picazo y Gullón, 2012).

De este modo, la separación de cuerpos es concebida como un acto jurídico familiar en sentido estricto, en donde por fuente legal se modifica la relación conyugal; todo con miras a buscar en el futuro un divorcio ulterior que pondrá fin de manera definitiva al vínculo que une a los cónyuges.

### **2.3. Regímenes de regulación**

Se pueden congregarse en tres grupos, así tenemos: i) los ordenamientos jurídicos que regulan a la separación de cuerpos como una solución alternativa para los cónyuges, quienes prefieren demandar esta pretensión frente al divorcio vincular; ii) aquellos Estados que recogen a la separación de cuerpos como una solución autónoma; es decir, se regulan causales para pretenderla que resultan distintas a los que se pueden invocar para el divorcio absoluto; iii) finalmente, se encuentran los cuerpos legales que regulan a la separación de cuerpos como una solución previa al divorcio, lo cual significa que la única forma de enfrentar el conflicto conyugal es demandar la separación de cuerpos, la cual, una vez obtenida, puede convertirse a una sentencia de divorcio (Zannoni, 2002).

En el caso del Estado peruano, el Código Civil vigente recoge el primer y tercer grupo, toda vez que, para todos los supuestos de hecho, excepto para la separación convencional, los cónyuges pueden pretender, alternativamente, la separación de cuerpos o el divorcio vincular.

Y, en caso deseen extinguir su vínculo matrimonial a través de la separación convencional, primero tienen que conseguir una decisión judicial que disponga su separación de cuerpos.

## **2.4. Características**

Siguiendo a Canales (2016), Cornejo (1999) y Varsi (2011), las características de la separación de cuerpos son las siguientes:

- Solo puede ser pretendida por los cónyuges, sea personalmente o a través de sus representantes. La única excepción a esta regla es que uno de los cónyuges esté ausente, pudiendo los ascendientes plantear la demanda de separación de cuerpos.
- Es una institución que no extingue el vínculo matrimonial, sino que más bien lo debilita, por lo que guarda estrecha relación con el principio de promoción del matrimonio.
- Una vez declarado, genera un nuevo estado de familia, el de separado.
- Implica una separación que se sustenta en un título de estado, el cual puede ser judicial, municipal o notarial.
- Se puede efectuar basándose en causas inculpatorias y no inculpatorias, así como en la separación convencional.
- Se constituye como una alternativa al divorcio absoluto.
- Extingue a la sociedad de gananciales, siempre y cuando esta exista al momento en que se emita la respectiva sentencia con la calidad de cosa juzgada que determina la separación de cuerpos.
- La sentencia que se emite, en cuanto a los derechos de los hijos respecto a los cónyuges, no posee la calidad de cosa juzgada.

## **2.5. Efectos**

### **2.5.1. Respecto a los cónyuges**

En palabras de Aguilar, sus efectos son “suspender los deberes relativos al lecho y habitación, y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente al vínculo matrimonial” (2008, p. 20).

Así, suspende el deber matrimonial de cohabitación con el fin de que más adelante se vuelva permanente la separación de hecho.

En el caso del cónyuge culpable, este pierde los derechos hereditarios que le correspondían mientras se mantenía incólume la relación conyugal.

Aunado a ello, se genera la extinción de la obligación alimentaria, salvo que el juez determine que siga persistiendo por encontrarse uno de los cónyuges en estado de necesidad (Canales, 2016).

Asimismo, al extinguir la sociedad de gananciales, lo que ocurre es que se liquida la misma, pasando a regir el régimen de separación de patrimonios.

La sociedad de gananciales se tiene por extinguida desde que se notifica a la parte demandada con la demanda de divorcio, salvo que se invoquen las causales de abandono de hogar y separación de hecho, en las cuales la extinción se considerará desde que se efectúa el alejamiento fáctico entre los cónyuges.

Finalmente, el hecho que continúe subsistente el vínculo matrimonial, significa que los cónyuges no podrán contraer nuevas nupcias y que los deberes de fidelidad y asistencia se encuentran vigentes (Trabucchi citado por Gallegos y Jara, 2014; Canales, 2016; Cornejo, 1999).

### **2.5.2. Respecto a los hijos**

En el caso de la separación por culpa de uno de los cónyuges, la patria potestad se atribuye al progenitor inocente, salvo que ello no sea beneficioso para los menores de edad, situación en la cual se confiará el cuidado de los menores de edad a terceras personas.

Si ambos cónyuges son culpables, regirán las reglas que prevé el artículo 340 del Código Civil, estas son las siguientes: i) los hijos mayores de siete años quedarán a cargo del padre y ii) las hijas menores de dieciocho años se encargarán a la madre.

Las referidas reglas no son de cumplimiento obligatorio, pudiendo el juez desconocerlas si es que su observancia no beneficia al interés superior de los niños o adolescentes.

En la sentencia de separación de cuerpos, el juez señalará la pensión de alimentos que los progenitores o uno de ellos deberá de abonar a los hijos y a su pareja.

Si el divorcio relativo es producto de la separación convencional, el juez tendrá en cuenta el convenio regulador, por lo que fijará el régimen del ejercicio de la patria potestad y de los alimentos de los hijos comunes a la luz de lo que han acordado los cónyuges. La eficacia de los acuerdos regirá con la sola emisión del auto admisorio (Canales, 2016).

## **2.6. Fin de la separación de cuerpos**

### **2.6.1. Reconciliación**

En palabras de Belluscio (2004, p. 553), “la reconciliación es la restitución del estado normal del matrimonio cuando dicho estado se ha roto en virtud de la desavenencia resultante de existir causales de separación personal o divorcio, o cuando la separación ha sido decretada”.

A fin de que ponga término al estado de familia de separado, debe ser puro e incondicional; es decir, no debe ser el resultado de algún vicio de la voluntad, como lo es el error, el dolo y la violencia ni tampoco debe estar sujeto a algún cargo, condición o plazo.

En principio, deber ser expresado por los cónyuges; sin embargo, se puede presumir su existencia si es que nuevamente estos empiezan a cohabitar.

Este supuesto se encuentra previsto en el Código Civil peruano, en específico su artículo 346, cuyo tenor literal prescribe que si se efectúa durante el proceso judicial, el juez ordenará la conclusión del mismo sin declaración sobre el fondo y el archivo definitivo del expediente, mientras que si se da después de la sentencia ejecutada, los cónyuges lo



comunicarán al juez dentro del mismo proceso, a fin de que la reconciliación sea inscrita en el registro personal (Plácido, 2002).

Los efectos de la reconciliación vienen a ser la reanudación de la cohabitación, la obligación alimenticia recíproca entre los cónyuges, la instauración de un nuevo régimen de sociedad de gananciales (salvo que el original no se haya extinguido, pues de lo contrario continuará el mismo) y la restitución para ambos esposos de las atribuciones que confiere la patria potestad, siempre y cuando sus hijos sean no emancipados (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019).

Habiendo operado la reconciliación, solo se puede demandar nuevamente la separación de cuerpos bajo el sustento de nuevos hechos.

### **2.6.2. Divorcio ulterior**

El divorcio ulterior pone fin al vínculo conyugal, siendo el resultado de la decisión judicial emitida a partir de la solicitud formulada por uno o ambos cónyuges al mismo juez que conoció su demanda de separación de cuerpos.

Si la separación de cuerpos se dio por alguna causa inculpatória, solo el inocente puede pretender el divorcio ulterior, estando impedido de hacerlo el cónyuge culpable.

En cambio, si la separación de cuerpos es el resultado de una separación convencional, cualquiera de los cónyuges puede pretender el divorcio ulterior.

Se encuentra recogido en el artículo 354 del Código Civil peruano, el cual prescribe que podrá ser solicitado luego de haber transcurrido dos meses desde que se notificó la sentencia de separación de cuerpos.

### **2.6.3. Muerte**

Al fallecer uno de los cónyuges, se pierde el estado de familia de separado, toda vez que ya no existe uno de los sujetos de derecho que integraba la relación jurídica conyugal.

## **SUB CAPÍTULO III LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL**

### **3.1. Antecedentes**

Uno de los antecedentes más remotos de la separación convencional lo encontramos en Atenas, en donde los cónyuges podían divorciarse por mutuo acuerdo (Belluscio, 2004).

Posteriormente, en Alemania, era común el divorcio por mutuo consentimiento y el acordado por el marido con la familia de su esposa (Belluscio, 2004).

Muchos años después, con el Código de Napoleón, el mutuo disenso era permitido como causal para pretender el divorcio (Azpiri, 2005a).

Luego, iniciando la Edad Contemporánea con la Revolución Francesa y la Constitución francesa de 1791, el divorcio por mutuo acuerdo alcanzó su mayor auge, debido a que la ley consideraba al matrimonio como un mero contrato civil que podía ser disuelto por los esposos (Zannoni, 2002).

En el Perú, la separación convencional tuvo su génesis normativa el 22 de mayo de 1934, con la promulgación de la Ley Nro. 7893, en la cual fue tratada como una causal de divorcio (Cabello, 1988).

Luego, fue recogida en el Código Civil de 1936, en donde su tratamiento se restringió a la separación de cuerpos luego de dos años de contraído el matrimonio (Aguilar, 2018), para posteriormente demandar el divorcio ulterior, luego de transcurrido el plazo de un año de la sentencia de separación (Cabello, 1988).

Ya en el Código Civil de 1984, fue introducida en el inciso 11 del artículo 333 como causal para demandar, en primer término, la separación de cuerpos y, luego de transcurridos seis meses, el divorcio ulterior.

Finalmente, con la promulgación de la Ley Nro. 29227, en mayo del 2008, fue trasladada al inciso 13 del mismo Código sustantivo, reduciéndose el plazo para pretender el divorcio ulterior a dos meses; asimismo, con la referida ley, la competencia para declarar la separación de cuerpos por

separación convencional y el divorcio ulterior se amplió a favor de las municipalidades y los notarios públicos.

### **3.2. Definición**

La separación convencional, también conocida como separación consensual, mutuo disenso o mutuo acuerdo, es concebida como un acto jurídico en sentido estricto, por la cual los cónyuges acuerdan ya no continuar con el deber de cohabitar, de mantener la sociedad de gananciales y de compartir el mismo lecho y techo; todo con miras a buscar en el futuro un divorcio ulterior que pondrá fin de manera definitiva al vínculo conyugal que los une.

De este modo, es el “paso previo al divorcio, es decir, un medio para llegar a él, pero no el divorcio mismo” (Bustamante citado por Díaz, 2013, p. 324).

Por ello, su principal fin es atemperar las consecuencias de un estado matrimonial patológico anormal, siendo su resultado la imposición de un estado de familia diverso al de divorciado (Guastavino citado por Méndez y D’Antonio, s.f.).

Al ser producto de un acuerdo, no se buscan culpables ni inocentes, por lo que no se exterioriza la causa que ameritó la separación (Aguilar, 2013); de este modo, la participación del juez, en el proceso, se limita a verificar la voluntad de los cónyuges, intentar la conciliación y efectuar un control del convenio regulador (Gallegos y Jara, 2014).

### **3.3. Nomenclatura**

En el Estado peruano, a diferencia de lo que ocurre en otros países, como Argentina, en donde se discutió por mucho tiempo en la doctrina si se estaba realmente ante un divorcio relativo por mutuo consentimiento o simplemente se trataba de una separación de cuerpos por presentación conjunta (Belluscio, 2004), no ha existido problema en torno a la nomenclatura que se le ha dado a la separación convencional, debido a

que, tal como se advierte de su vigente regulación, no es necesario referirse a alguna conducta para poder pretenderla.

Sin embargo, es importante señalar que no siempre se denominó a dicho supuesto de hecho como separación convencional, pues antes era conocido como mutuo disenso, lo cual duró hasta que se modificó dicha nomenclatura con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nro. 768 (Paralta, 2008).

### **3.4. Comentarios a sus críticas**

Como supuesto de hecho que habilita pretender la separación de cuerpos, la separación convencional es criticada en el sentido que destruye casi todas las ventajas que acarrea la existencia de causales reguladas legalmente. La razón: por motivos minúsculos o egoístas se puede lograr la separación, lo que supondrían burlar la severidad que la misma ley ha establecido para probar las causales que pueden desencadenar en el divorcio (Cornejo, 1999).

Al respecto, se incurre en error cuando se señala que los motivos que generan la separación convencional son minúsculos, toda vez que solo los cónyuges sabrán cuál magnitud darle a las razones que han generado que adopten la decisión de separarse.

Asimismo, se olvida que la existencia de las causales se justifica por la presencia de hechos que infringen deberes y derechos conyugales, ya sea que estemos ante un divorcio sanción o remedio, lo cual no se condice con la naturaleza de la separación convencional, cuyo fin es dar solución al conflicto conyugal (Plácido, 2002; Zannoni, 2002).

Otra crítica que se esboza contra la separación convencional es que con ella solo se satisfacen los intereses particulares de los cónyuges, viendo al matrimonio como un mero negocio privado, al dejar de lado su rasgo de institución social (Cornejo, 1999; De Ibarrola, 1993).

Sobre el particular, no es correcto afirmar que el matrimonio sea un negocio jurídico, pues en realidad es un acto jurídico en sentido estricto. Aunado a

ello, es falso que la separación convencional pueda ser asemejada a una declaración que deja sin efecto a un contrato, toda vez que su eficacia depende de la emisión de una resolución judicial o decisión notarial o municipal que debe observar diversos requisitos para poder ser considerado válido.

Por otro lado, el entender únicamente al matrimonio como una institución social, soslayando la voluntad de los que la integran, implica acoger una concepción desfasada del Derecho de Familia. En efecto, el matrimonio ya no puede ser visto como una categoría cuyo rol solo sea satisfacer las expectativas que tiene sobre ella la sociedad, sino que debe ser entendida como un medio de realización personal de los cónyuges, quienes, si así lo consideran, pueden pretender separarse de cuerpos al estar dicha decisión vinculada con su proyecto de vida.

Finalmente, se critica que la separación convencional autoriza a los cónyuges a silenciar el esfuerzo que tienen los jueces para averiguar hasta qué punto es fundada la demanda y si son realmente graves las razones que la sustenta; es decir, el Estado renuncia a su facultad de administrar justicia, reduciéndose al juez a un mero funcionario notarial o testigo (Cornejo, 1999).

Esta última crítica tampoco puede ser respaldada, debido a que el juez, en el proceso de separación de cuerpos vía separación convencional, sigue administrando justicia, al analizar si los acuerdos contenidos en el convenio regulador realmente garantiza el interés superior de los hijos comunes que todavía son menores de edad.

Asimismo, el juez está encargado de evaluar si los cónyuges han cumplido con los demás requisitos de procedencia y de fondo que exigen los dispositivos legales procesales y sustantivos.

Aunado a ello, el juez, al no existir causa que sustente la separación de cuerpos, no se encuentra en la necesidad de analizar si se ha transgredido algún deber o derecho que apoye la decisión de separarse. Por estas razones, la última crítica tampoco puede ser amparada.

### **3.5. Características**

Según Fernández (2016) y Ferrer (citado por la División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2019), la separación convencional posee las siguientes características:

- Solo puede ser celebrada por los cónyuges.
- A nivel judicial su requisito especial de procedencia es que se adjunte un acuerdo privado que incorpore los pactos concernientes a los alimentos, tenencia, régimen de visitas, sustitución del régimen de sociedad de gananciales al de separación de patrimonios y el inventario y valorización de los bienes muebles e inmuebles sociales (conocido como convenio regulador).
- Luego de transcurridos dos meses de notificada la decisión que declara la separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges puede petitionar al juez que se declare el divorcio ulterior.
- No se expresan causas para que pueda pretenderse ni tampoco presupone la culpa de alguno de los cónyuges.
- El juez, en el proceso, solo se limita a verificar la voluntad real y libre de los cónyuges, debiendo homologar el pedido de estos cuando fracasa la conciliación y dicho acuerdo no afecta el interés de los hijos comunes no emancipados. Asimismo, el juzgador se encuentra impedido de rechazar la separación de cuerpos vía separación convencional.

### **3.6. Efectos**

Siguiendo a Aguilar (2018), los efectos de la separación convencional pueden ser vistos desde dos aristas: i) desde el lado de los cónyuges; y, ii) desde el lado de los hijos.

#### **3.6.1. Efectos en cuanto a los hijos**

En lo que concierne a los hijos, la separación convencional tendrá la ventaja de que los progenitores acordarán el régimen de visitas, tenencia, el derecho de alimentos y la suspensión o no de la patria potestad.

Sin embargo, si no se llega a un acuerdo en torno a la patria potestad, en virtud de lo que establece el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes, ambos progenitores mantendrán vigentes las facultades de índole patrimonial y personal que les concede la referida institución de amparo familiar.

### **3.6.2. Efectos en cuanto a los cónyuges**

La distribución de los bienes de la sociedad de gananciales será acordada por los cónyuges; asimismo, se suspende el deber de lecho y habitación y queda subsistente el vínculo matrimonial y el deber de asistencia y fidelidad.

En el convenio regulador los cónyuges pueden acordar si sigue manteniéndose vigente a favor de uno de ellos la pensión de alimentos, debiendo el otro cumplir con pagarlo.

### **3.7. Naturaleza jurídica**

Tal como se ha señalado en el ítem 1.5. de este trabajo de investigación, la separación de cuerpos se ubica en las teorías del divorcio relativo y el divorcio incausado.

Se ubica dentro del divorcio relativo porque solo puede sustentar que se pretenda, invocándola, la separación de cuerpos; siendo posible alcanzar el divorcio vincular luego que ha operado la conversión. Por ello se dice que vendría a ser en sí un divorcio vincular indirecto.

Por otro lado, es un divorcio incausado porque no se respalda en alguna causal, al no existir una conducta antijurídica denunciada, sino únicamente un acuerdo de voluntades entre los cónyuges, por lo que no interesa determinar si existió o no un culpable o un inocente.

Por ello Calisaya (2013) ha sostenido:

Los cónyuges incausadamente, sin necesidad de alegar crisis matrimonial, ni acreditar separación de hecho, es decir, por el poder de su voluntad, podrán petitionar la separación convencional y el

divorcio ulteriormente, y el juez no deberá, ni podrá, ingresar a investigar las causas o la existencia de la crisis matrimonial. (p. 374)

### **3.8. Elementos**

Siguiendo a Canales (2016), se tiene que la separación convencional posee los siguientes elementos:

- Solo puede ser pretendida luego de haber transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio.
- Se requiere del consentimiento, al mismo tiempo y en el mismo acto, de ambos cónyuges al momento de plantear la demanda y ratificado posteriormente en la audiencia única.
- La demanda de separación de cuerpos vía separación convencional va acompañada del convenio regulador.
- Requiere de sentencia que la declare, la cual fallará disponiendo la separación de cuerpos, acogiendo, en la medida de lo posible, y siempre y cuando no se cause perjuicio alguno a los hijos menores de edad sujetos a la patria potestad, el convenio regulador, a fin de determinar los diversos efectos patrimoniales y personales que se originarán.

### **3.9. Estudio analítico de su regulación a nivel sustantivo y procesal**

#### **3.9.1. Legitimidad para obrar**

Pueden pretender la demanda de separación de cuerpos, bajo el supuesto de hecho de separación convencional, los cónyuges, de manera personal o a través de sus representantes voluntarios, siempre que cuenten con facultades especiales para ello.

#### **3.9.2. Competencia**

Por la materia, son los jueces de familia los encargados de conocer la pretensión de separación de cuerpos vía separación convencional.

Al no existir propiamente una parte demandada, no opera aquí la regla general por la cual la competencia por territorio se determina a partir del



domicilio real de la parte demandada. Empero, lo que sí opera es la competencia territorial a partir del último domicilio conyugal.

### **3.9.3. Vía procedimental**

Tal como prescribe el artículo 573 del Código Procesal Civil, este tipo de pretensiones se tramita en la vía del proceso sumarísimo, con las particularidades previstas en el Subcapítulo 2 del Capítulo II del Título III del acotado cuerpo de leyes.

### **3.9.4. Participación del Ministerio Público**

El Código Procesal Civil, en su artículo 574, atribuye la condición de parte al Ministerio Público cuando los cónyuges que se pretenden separar tienen hijos sujetos a la patria potestad; en cambio, si esta condición no se llega a presentar, la referida institución no sería parte en el proceso.

En cualquiera de los dos supuestos, se critica el hecho que el proceso, en estos casos, se someta a las reglas del proceso contencioso, toda vez que al existir un acuerdo de voluntades entre los esposos, en realidad no habría conflicto intersubjetivo de intereses que necesite ser resuelto (Gallegos y Jara 2014: 213); es decir, contienda de posiciones en la relación jurídico procesal, por lo que la vía procedimental debería ser la no contenciosa.

### **3.9.5. Consulta**

Dentro de todos los supuestos de hecho que genera la separación de cuerpos, la efectuada vía separación convencional es la única cuya sentencia que la declara no requiere que sea elevada en consulta.

### **3.9.6. Requisito especial de procedencia**

#### **3.9.6.1. Plazo de dos años**

El inciso 13 del artículo 333 del Código Civil regula un requisito de procedencia, toda vez que prescribe que solo se puede pretender la separación de cuerpos vía separación convencional si la demanda es interpuesta luego que han transcurrido dos años de celebrado el matrimonio.

### **3.9.6.2. Convenio regulador**

El convenio regulador es un acto jurídico familiar en sentido estricto, el cual constituye un elemento determinante para la producción de los efectos y consecuencias del proceso y de la sentencia a expedir, tanto de las medidas provisionales como de las definitivas (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivero y Rams, 2005); es por ello que su presencia es exigida como un requisito de procedencia.

Mediante el convenio regulador los cónyuges acuerdan lo concerniente a los alimentos respecto de los hijos comunes que todavía poseen minoría de edad, el mantenimiento de la prestación alimentaria luego del divorcio de un cónyuge a otro, el régimen de ejercicio de la patria potestad (tenencia y régimen de visitas); asimismo, efectúan la respectiva liquidación de los bienes sociales de acuerdo a su inventario valorizado (Gallegos y Jara, 2014; Fernández, 2016)

Requiere de la firma de los cónyuges; sin embargo, en el caso del inventario, se exigirá que dicha firma sea legalizada (Gallegos y Jara, 2014).

Finalmente, se debe tener en cuenta que los acuerdos adoptados tienen eficacia desde que se expide el auto admisorio (Cabello, 2009).

### **3.9.7. Tramitación del proceso de separación de cuerpos vía separación convencional.**

En la vía del proceso sumarísimo se tramite el proceso de separación de cuerpos vía separación convencional.

Una vez presentada la demanda, el juez puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a las normas generales previstas en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil, y, de manera especial, lo que establece el primer párrafo del artículo 551 del acotado cuerpo de leyes.

En cuanto a la sentencia, si es que no opera la conciliación, desistimiento o reconciliación de los cónyuges, se tiene que acogerá, en la medida que asegure la obligación alimentaria y los deberes derivados de la patria potestad, la propuesta contenida en el convenio regulador que se anexó

a la demanda (Mella, 2013). Esta decisión judicial no es elevada en consulta.

Transcurrido dos meses de notificada la sentencia que declarada la separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges podrá pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial.

### **3.10. Procedimiento notarial y municipal**

La separación convencional es el único supuesto que permite pretender la separación de cuerpos y el divorcio ulterior sin necesidad de incoar un proceso judicial, pues permite lograr ello con la intervención de un notario o alcalde u persona encargada de tal función.

En el caso del procedimiento ante el notario, este se dará en los siguientes casos: i) cuando los cónyuges no tengan hijos o si los tienen, estos ya no estén sujetos a la patria potestad, ii) cuando tienen hijos menores de edad, pero existe un acuerdo conciliatorio por el cual se ha acordado lo referente a los alimentos, tenencia y régimen de visitas, se carezca de bienes sociales y, si existiesen, se exige el fenecimiento de la sociedad de gananciales y su conversión a la separación de patrimonios (Aguilar, 2018).

En cuanto a su procedimiento, este es muy sencillo. La primera etapa consiste en la presentación de una solicitud, la cual es calificada por el notario; posteriormente, se señala fecha para la audiencia de ratificación, en la cual se levanta la respectiva acta notarial que declara la separación de cuerpos, para posteriormente se cursen partes al Registro para su inscripción (Aguilar, 2018).

Finalmente, transcurridos dos meses de emitida el acta, cualquiera de los cónyuges, por el solo mérito del transcurso del tiempo debidamente verificado, peticona el divorcio ulterior, por lo que el notario levantará acta sobre dicho hecho y oficiará al Registro para su inscripción y a los Registros Civiles para la anotación del divorcio (Aguilar, 2018).

Sobre el trámite en la vía municipal, se tiene que es similar al notarial, diferenciándose únicamente en el hecho que aquí interviene el alcalde o un

servidor o funcionario con facultades delegadas en vez que un notario y que la Municipalidad debe de contar con la autorización respectiva, por parte del Ministerio de Justicia, para llevar a cabo este procedimiento que vendría a ser administrativo (Mella, 2013).

Los requisitos para poder incoar este procedimiento son: i) no tener hijos sujetos a la patria potestad o, en el caso se tengan, que exista una sentencia con la calidad de cosa juzgada o acta de conciliación que regule lo referente a la patria potestad, alimentos, tenencia y régimen de visitas; asimismo, no tener hijos mayores de edad con incapacidad o, de ser el caso, que los tengan pero que cuenten con una decisión judicial firme o con un acta de conciliación que establezca los regímenes del ejercicio de la curatela, régimen de visitas y alimentos; y, ii) carecer de bienes que estén sujetos a la sociedad de gananciales o, en el caso que lo hubiera, contar con la respectiva escritura pública de sustitución de régimen o separación de bienes, debiendo dejar cualquiera constancia inscrita en registros públicos (Mella, 2013).

Por otro lado, también es necesario señalar que en estos procedimientos no existe plazo alguno entre la audiencia de ratificación y la emisión de la respectiva acta, por lo que el periodo de treinta días, que sí se encuentra presente en el proceso judicial, es inexistente.

### **3.11. Su desarrollo en el derecho comparado**

#### **3.11.1. España**

En España, con la entrada en vigencia de la Ley 15/2005, se estableció en el artículo 81.º del Código Civil que transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, los cónyuges, ya sea de común acuerdo o de mutuo propio, pueden pedir la separación de cuerpos. Este plazo no será exigido si se acredita la existencia de un riesgo grave para las integridades física, sexual y psicológica, la vida y la libertad de la parte demandante o de los hijos comunes (Díez-Picazo y Gullón, 2012; De Verda, 2014; Berrocal, 2013).

En este caso, el juez solo pasa a ser un controlador de los requisitos legales del citado artículo; es decir, evaluará el cumplimiento del transcurso del plazo legal de los tres meses de contraído las nupcias y que se acompañe al escrito de demanda una propuesta de convenio regulador (Díez-Picazo y Gullón, 2012).

En el convenio regulador se debe señalar con quien de los padres se quedarán los hijos no emancipados o, en caso de que ninguno de ellos se pueda hacer cargo, cuál tercero será el titular de la guarda y custodia. Aunado a ello, se debe fijar el régimen de visitas de los abuelos; indicar cuál de los esposos tendrá el derecho de uso de la vivienda, mobiliario y enseres que forman parte del menaje, y señalar si habrá contribución económica o de otro tipo destinado a levantar las cargas familiares (Acedo, 2009).

Ahora bien, el juez tiene que efectuar un control sobre dicho convenio, desaprobándolo si es que los acuerdos contenidos en él causan daño a los hijos o perjudica gravemente a uno de los cónyuges (Acedo, 2009).

Por otro lado, en lo que respecta al régimen de visitas de los abuelos, el juez también podrá aprobar ello, siempre y cuando previamente haya citado a una audiencia a fin de que los designados beneficiarios presten su consentimiento (Acedo, 2009).

En caso de desaprobación de uno, varios o todos los acuerdos contenidos en el convenio, el juez dará traslado a los esposos para que en el plazo de diez días nuevamente sometan a su consideración una nueva propuesta para su aprobación (Acedo, 2009).

Ahora bien, la intervención del juez debe reservarse cuando haya sido imposible que los cónyuges hagan llegado a un pacto que esté contenido en el convenio regulador o cuando los acuerdos sean lesivos para los intereses de los hijos menores de edad no emancipados o incapaces (Berrocal, 2013).

Esta nueva regulación, en el Código Civil español, se justifica en la dignidad humana, el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, en el principio de igualdad y la prohibición de no ser

discriminado, el derecho a contraer matrimonio y en la idea que si una persona ha decidido que su matrimonio es inviable, se le debe permitir acudir al divorcio de la forma más rápida posible (Acedo, 2009).

### **3.11.2. Argentina**

Resulta sumamente interesante analizar la situación ocurrida en Argentina, en donde hasta hace cuatro años estuvo vigente el denominado Código Civil de Vélez Sarsfield de 1869, el cual fue derogado por el vigente Código Civil y Comercial del 2014.

En cuanto a la antigua regulación, tenemos que en realidad no se reguló un divorcio, sea relativo o absoluto, por mutuo acuerdo, toda vez que era necesario que los cónyuges aleguen la existencia de una causa sumamente grave que haga imposible que siga manteniéndose incólume el vínculo matrimonial (Azpiri, 2005); es por ello que se decía que se estaba ante un divorcio o separación de cuerpos por presentación conjunta de la demanda (Bossert y Zannoni, 2016).

Ahora bien, en cuanto a la actual regulación, que se caracteriza por haber eliminado por completo todas las causales que se derivaban de las teorías del divorcio sanción y del divorcio remedio, es importante advertir que el divorcio ahora es incausado y únicamente se puede pretender la extinción del vínculo matrimonial, mas no su debilitamiento (separación de cuerpos) (Ferro, 2015).

Este divorcio puede ser pretendido por los dos cónyuges, quienes deben acompañar a su demanda un convenio regulador con los respectivos anexos que respaldarán los acuerdos contenidos en dicho acto jurídico.

En el convenio regulador deben estar contenidos, necesariamente (siendo el contenido mínimo), los acuerdos referidos a la atribución de la vivienda y los bienes, las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges y lo concerniente al ejercicio de la responsabilidad parental (lo que implica que se llegue a un consenso respecto a la guarda, el cuidado personal y los regímenes de visitas y alimentos).

La pretensión de divorcio puede ser incoada inmediatamente de contraído el matrimonio; es decir, la legitimidad para obrar activa no está condicionada a un plazo (Duprat, 2014).

Esta nueva regulación se sustenta principalmente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges (Duprat, 2014)

## **SUB CAPÍTULO IV EI CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**

### **4.1. El punto de partida: la persona humana y la libertad**

El derecho se estructura sobre la persona humana, a tal punto que su integración, interpretación y aplicación no puede formularse dejando de lado o atentando contra dicho elemento esencial.

Así, el significado del referido elemento permite elaborar y brindar contenido a los principios iusfundamentales, los cuales funcionan como normas de optimización del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la naturaleza de la persona humana no debe ser vista de forma estática, sino que debe ser entendida de manera dinámica, cambiante a lo largo del tiempo, lo cual supone que las necesidades y exigencias que requieren ser reguladas también varíen.

Aunado a ello, se tiene que el derecho favorece a las relaciones de convivencia entre seres humanos a través de la regulación de sus interacciones, lo cual implica identificar dos finalidades: i) que debe generar las condiciones favorables para concretizar la convivencia y ii) que dicha convivencia llegue a concretizar el desarrollo pleno de cada persona (Castillo, 2007).

Para que cada sujeto de derecho logre su desarrollo pleno, se requiere que el Estado lo reconozca como un ser libre, digno de tutela. Así, la libertad pasaría ser una consecuencia de la dignidad (Rocha, 2016) y, por tanto, un principio y un valor esencial para el Estado Constitucional (Sosa, 2009).

Bajo esta premisa, la libertad no estaría limitada a una mera no interferencia (libertad en sentido negativo), sino que estaría configurada por la capacidad de cada ser humano para autodeterminarse (libertad en sentido positivo); es decir, escoger de manera individual su propio proyecto de vida, lo cual significa que cada individuo sea el único que elija su propia existencia y actuar bajo su responsabilidad (Rocha, 2016; Sosa, 2013).

De este modo, la libertad deja ser entendida únicamente como un área en la que se puede ejercer de forma individual la autonomía frente al poder,



para también ser considerada como aquello que cada persona decida sobre su propia persona, historia y vida en colectividad.

Vinculando a la libertad con la dogmática constitucional, se tiene que existen dos tipos: las libertades esenciales o básicas y los llamados derechos de libertad (Sosa, 2013).

Así se sostiene que existen tres modelos básicos: la libertad formal o negativa, la libertad positiva o general de acción y la libertad real o sustantiva (Sosa, 2013).

En torno a la libertad formal, se señala que resulta ser negativa debido a que no se refiere a alguna acción en especial, sino que centra su atención en la falta de medidas de fuerza para que un ser individual pueda realizar o no una acción; así, su contenido se limita a tener un reconocimiento en un precepto normativo (Sosa, 2013).

En segundo lugar está la libertad positiva, la cual tutela la libertad en sentido amplio, brindando protección a todo lo que la persona desea hacer; siendo solo limitada dicha intención por cuestiones sustentadas en derechos fundamentales y a través de medidas proporcionales. Esta libertad, en el ordenamiento jurídico peruano, viene a ser la que se configura a partir del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Sosa, 2013).

Finalmente, se tiene la libertad real, la cual garantiza que los seres humanos sean sujetos verdaderamente autónomos, a fin de que puedan elegir el plan de vida que más se adecue a ellos. Aquí se sostiene que solo se logrará ello si se satisfacen las necesidades básicas que permita una vida digna. Esto es lo que vendría ser el denominado derecho al bienestar general (Sosa, 2013).

Aunado a los modelos básicos de la libertad, también existen los denominados derechos de libertad, los cuales son concreciones de la libertad negativa recogidas en dispositivos constitucionales específicos a lo largo de la Carta Magna (Sosa, 2013).

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el libre desarrollo de la personalidad es una libertad general, pues no se refiere a un derecho de

libertad en específico, sino a todo el espectro en el que opera la libertad en sí. Asimismo, también se le considera libertad general debido a que no está dirigida a lograr el bienestar o el perfeccionamiento humano (Sosa, 2009). Finalmente, es importante señalar que la mencionada libertad encontraría su base fundamental en la dignidad humana, ya que la libertad general se sustenta en ella (Ontiveros, 2006).

#### **4.2. Definición**

El libre desarrollo de la personalidad, como derecho fundamental autónomo, tiene su génesis, a nivel normativo constitucional, en el artículo 2.1. de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. Sin embargo, recién fue empleado por la jurisprudencia en 1957, en el conocido *Caso Elfes*, que fue dilucidado por el Tribunal Constitucional alemán.

En cuanto a su definición, en la doctrina diversos autores han tratado de darle una; así, para Kant (citado por Llano, 2013) supone el pleno reconocimiento de la autodisponibilidad que tienen todos los seres humanos de hacer uso, sin que existan límites externos o interferencias, de sus propias capacidades y posibilidades de actuación; asimismo, lo conceptualiza como autodeterminación, la cual se deriva de la libre proyección de cada historia individual.

En la misma orientación se ubica Sosa (2013), quien manifiesta que vendría a establecer la libertad general de acción; es decir, la facultad de cada individuo de hacer lo que él desee sin límite alguno, salvo los que se fundan en principios constitucionales y de forma proporcional (Santana, 2014). Por consiguiente, no es absoluto y se limita hasta donde inicia la esfera de los derechos de terceras personas (Rojas-Castillo y Acevedo-Suárez, 2015). Por ello se señala que su reconocimiento brinda mayor relevancia a la voluntad de la persona y por ende a la primacía y respeto de su dignidad (Rocha, 2016), por lo que existirá una conexión esencial entre estos tres elementos (Santana, 2014).

En torno a la no interferencia, Calisaya (2013) refiere que es un derecho constitucional por el cual un sujeto de derecho individual tiene la libertad de decidir determinados asuntos de su vida que no pueden sufrir injerencias de cualquier tipo; es decir, vendría a ser el reconocimiento de ciertas “parcelas libres (...) que procuren la propia estructuración y realización de su vida privada y social” (p. 380).

Ahora bien, tal como resulta evidente, el ámbito de protección de este derecho resulta ser amplio, pues abarca a toda acción constitucionalmente válida que el sujeto de derecho desee efectuar.

#### **4.3. Su reconocimiento en la normativa constitucional**

En un primer momento, el Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente Nro. 007-2006-PI/TC, Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari (2007), refirió que el libre desarrollo de la personalidad no podía estar contenido en el inciso 1 del artículo 2 de la Carta Magna<sup>1</sup>, toda vez que este dispositivo hace referencia al derecho al libre desarrollo y bienestar, lo cual es distinto. Así, el derecho que contiene haría referencia a una libertad direccionada a un fin (bienestar), más no a una libertad entendida de forma genérica (Sosa, 2013).

Sin embargo, esto no implica que no tenga asidero en el ordenamiento jurídico peruano, sino que encuentra cabida en el artículo 3 de la Carta Magna; de este modo, vendría a ser un derecho implícito no enumerado.

Al respecto, Sosa (2013) señala que tal estimación debe ser rechazada, pues la cláusula de derechos no enumerados es de carácter subsidiario para el reconocimiento de nuevos ámbitos iusfundamentales; no obstante, en el caso del libre desarrollo de la personalidad ello es innecesario, debido a que su reconocimiento expreso puede derivarse de una interpretación correcta a fin de poder adscribirla al inciso 1 del artículo 2 de la Carta Magna y el referido derecho no logra cumplir los criterios que deben observarse para emplear la mencionada cláusula, como son la fundamentalidad,

---

<sup>1</sup> Este problema no se generó con la derogada Carta Magna de 1979, pues de forma expresa en el inciso 1 de su artículo 2 prescribía que toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad.

conformidad con el ordenamiento constitucional y especificidad normativa. Posteriormente, el mismo órgano jurisdiccional, pero integrada por otro colegiado, cambió de criterio al emitir su decisión en el Expediente Nro. 3901-2007-PA/TC, Caso Victoria Elva Contreras Siaden (2009), reconociendo expresamente al estudiado derecho en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, en el Expediente Nro. 00032-2010-PI/TC aumentó los argumentos para sostener dicho cambio, exponiendo que no se puede sostener que es un derecho innominado o implícito debido a que se encuentra contenido en el inciso 1 del artículo 2 de la Carta Magna; asimismo, el uso de la cláusula indeterminada no posee tanta legitimidad democrática directa a diferencia de lo que ocurre si es que está expresamente reconocida (Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley Nro. 28705, 2011).

#### **4.4. Características**

Siguiendo lo señalado por Villalobos (2012), se tiene que el libre desarrollo de la personalidad posee las siguientes características:

- Es un atributo de la persona, debido a que está íntimamente ligado a su estatus jurídico.
- Permite que la persona humana pueda gozar de todo el sistema de libertades y de los derechos fundamentales.
- Protege, además de la libertad general de acción, el desarrollo particular de cada sujeto individual.
- Permite que su titular pueda autodeterminar su propio proyecto de vida.
- A través de ella se concretiza el valor supremo de la dignidad humana.
- Los sujetos que deben evitar transgredirlo son el Estado y los demás seres humanos.

#### **4.5. Su naturaleza jurídica**

A fin de determinar la naturaleza jurídica del libre desarrollo de la personalidad, es necesario que se haga un recuento sobre la forma en la

que ha sido entendida, a lo largo de historia, por el Tribunal Constitucional peruano.

Así, en un primer momento, el máximo intérprete de la constitución la entendió únicamente como un bien humano relevante relacionado con los derechos fundamentales; es decir, no como derecho o principio. Así, en las STC Nros. 0895-2001-AA/TC, 03046-2007-PHC/TC; 0008-2003-AI/TC, 10087-2005-PA/TC y 0976-2001-AA/TC adoptó dicha posición (Sosa, 2009).

En un segundo momento pasó a considerarlo como un real derecho constitucional, aunque de forma limitada, al señalar que si bien constituye una libertad genérica, esta tenía un sentido determinado: la realización de la vida del ser humano en su aspecto individual y en la sociedad, así como su debida estructuración en ambos ámbitos. Esta orientación es recogida en la STC Nro. 2868-2004-A/TC (Sosa, 2009).

En un tercer momento, el Tribunal Constitucional refirió que se trataría de un derecho constitucional de gran alcance, debido a que su contenido estaría constituido por todo el margen de libertad general de acción, en la que su titular tiene la posibilidad de hacer todo lo que desee, lo cual solo puede estar limitado por el Estado a través de medidas proporcionales que garanticen otros derechos fundamentales.

De este modo, para el Estado peruano, la naturaleza jurídica del libre desarrollo de la personalidad solo ha oscilado entre dos variantes: bien humano o derecho constitucional; acogiéndose preferentemente la última en los recientes años.

Sin embargo, en otros ordenamientos, como es el caso del español, dicha libertad general de acción es vista como un principio que constituye un punto clave para la organización de la sociedad y, por ende, destinado a servir a la concretización de la realización de los derechos de los sujetos individuales (Santana, 2014).

En ese sentido, sirve como pauta orientadora y de marcada influencia sobre el orden político y la paz social, por lo que vincula a todos los sectores del poder político (Deverda, 2014).

Por ello, Rolla (citado por Villalobos, 2012) refiere:

La posibilidad de prever interpretaciones evolutivas de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales de la persona se ve favorecida por la inserción en los textos constitucionales de cláusulas generales que se proponen reconducir a la unidad los múltiples derechos individuales, reorientándolos al principio de la personalidad. (p. 172)

Atendiendo a lo que establece la Carta Magna peruana y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el libre desarrollo de la personalidad debe ser considerado como un derecho que se sustenta en la dignidad humana y que tutela la libertad general de acción de sus titulares, la cual solo puede ser limitada de forma proporcional si con ello se busca tutelar otro derecho o principio constitucional.

#### **4.6. Contenido esencial**

El núcleo duro del derecho al libre desarrollo de la personalidad es la consecución que hace cada ser humano para concretizar su propio proyecto de vida; es decir, el campo que permite adoptar decisiones dirigidas a lograr la felicidad personal (Villalobos, 2012).

Dicho contenido se irradia sobre todo el ordenamiento jurídico gracias a la dignidad humana; es así que se señala que existen tres claras consecuencias: “el deber de protección, el efecto de irradiación o de expansión y la eficacia frente a terceros o a la eficacia jurídica objetiva” (Tole citado por Villalobos, 2012, p. 101), los cuales, en forma colectiva, fungen como parámetros generales para la creación de enunciados normativos y la tutela objetiva y general de la persona humana.

Ahora bien, en la doctrina se ha sostenido que el objeto de protección del derecho a libre desarrollo de la personalidad es de carácter general, toda vez que garantiza la libertad de construcción del proyecto de vida; por ende, se refiere a un conjunto de comportamientos genéricos, del que se pueden desprender diversas posibilidades.

En este sentido, pasa a constituirse en una “garantía de alternativas, al acceder realizar cualquiera de las acciones posibles que encajen en su objeto y que obviamente dependerás de las particularidades de cada individuo” (Del Moral, 2012, p. 66).

#### **4.7. Desarrollo jurisprudencial**

##### **4.7.1. Tribunal Constitucional peruano**

Uno de los primeros casos en donde el máximo intérprete de la constitución se refirió al derecho al libre desarrollo de la personalidad fue en el Expediente Nro. 2868-2004-AA/TC, Caso José Antonio Álvarez Rojas, cuya sentencia fue expedida el 24 de noviembre del 2004, en donde resolvió una demanda de amparo en la cual se cuestionaba el hecho que una institución policial exigía que se cuente con su autorización para que sus efectivos puedan contraer nupcias.

Aquí, además de otros extremos<sup>2</sup>, se señaló que dentro de una de las dimensiones del derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra el de contraer matrimonio. Así, se dijo que el referido derecho constituye una libertad general de actuación de las personas individuales en vinculación con cada una de sus esferas de desarrollo vinculadas a su personalidad; es decir, de parcelas de libertad esencialmente naturales en áreas del ámbito de su vida, cuyo reconocimiento y ejercicio se vinculan con la definición constitucional de ser humano como un ente espiritual, que posee dignidad y autonomía (Caso José Antonio Álvarez Rojas, 2004).

Así se señaló que dichas áreas libres constituyen ámbitos de libertad que se apartan de cualquier intervención del Estado que no sea proporcional ni razonable para tutelar y dar eficacia a los principios que la misma Carta Magna recoge (Caso José Antonio Álvarez Rojas, 2004).

---

<sup>2</sup> Se estableció que la Carta Magna, en su artículo 4, no ha reconocido un derecho al matrimonio, sino que únicamente lo ha consagrado como una institución fundamental y natural de la sociedad peruana, por lo que posee una protección especial.

Uno de esos espacios en los que no puede intervenir algún órgano estatal o servidor o funcionario público es el referido al *ius connubii*; es decir, a aquel ámbito privado en el que todo sujeto de derecho individual, de manera independiente y autónoma, determina con quien casarse y cuando hacerlo (Caso José Antonio Álvarez Rojas, 2004).

Posteriormente, en el Expediente Nro. 007-2006-PI/TC, cuya sentencia fue emitida el 22 de junio del 2007, en el que se resolvió el Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, el Tribunal Constitucional refirió que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no se encuentra literalmente contenida en la Constitución de 1993, sino que vendría a ser un derecho implícito fundamentado en la dignidad humana y que halla su respaldo en el artículo 3, en concordancia con el artículo 1, de la referida Carta Magna (Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, 2007).

Así, el entendimiento de la persona como el centro del aparato estatal y de la sociedad, así como un ser moral con capacidad de autodeterminación, supone que deba también tutelársele la libertad que posee para manifestar de forma autónoma tal capacidad mediante su libre actuación general en la sociedad (Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, 2007).

Dos años después, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia del Expediente Nro. 3901-2007-PA/TC, Caso Victoria Elva Contreras Siaden, en la cual cambió diametralmente el criterio que esbozó en el Expediente Nro. 007-2006-PI/TC, manifestando que la Carta Magna sí reconoce expresamente al derecho al libre desarrollo de la personalidad en el inciso 1 de su artículo 2 (Caso Victoria Elva Concretas Siaden, 2009).

Señaló que la consecuencia trascendental del reconocimiento expreso del derecho al libre desarrollo de la personal constituye el hecho que el Estado está prohibido de intervenir en la esfera de libertad general de acción que tutela este derecho o adjudicar consecuencias a las conductas o actos



que en dicha esfera tienen lugar (Caso Victoria Elva Concretas Siaden, 2009).

Finalmente, en el expediente Nro. 00032-2010-PI/TC, cuya sentencia fue emitida el 19 de julio del 2011, Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley Nro. 28705, el máximo intérprete de la Constitución reconoció la relevancia del derecho al libre desarrollo de la personalidad, señalando que la libertad natural, innata de la persona, es el fundamento esencial de todo sistema jurídico, de manera que el Estado está conminado a proteger el espacio en que los actos de libertad se genera, a menos que, al ejercerse, se vulnere el ámbito de libertad de otro ser humano (Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley Nro. 28705, 2011).

Así, en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, el referido derecho no puede sufrir limitaciones desproporcionadas ni tampoco alguna que no esté sustentada en algún otro principio constitucional. La razón de ello se encuentra en el inciso 24 del artículo 2 de la Carta Magna, el cual establece que ningún sujeto de derecho se encuentra obligado a hacer lo que los textos legales no mandan, ni impedido de hacer lo que ellos no impiden (Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley Nro. 28705, 2011).

En este sentido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad trae como correlato el reconocimiento en la Carta Magna de una cláusula general de libertad; por cual, tal como refiere el Tribunal Constitucional (Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley Nro. 28705, 2011) en su fundamento jurídico 23:

La libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente

dicho límite, y cuya protección persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.

#### **4.7.2. Jurisprudencia comparada**

##### **4.7.2.1. Colombia**

A partir del reconocimiento constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el artículo 16 de la Carta Magna colombiana de 1991, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido diversos pronunciamientos sobre este derecho.

Así, en la Sentencia C-481/98, 09 de setiembre de 1998, Caso Germán Humberto Rincón Perfetti, refirió que la consagración constitucional del estudiado derecho encuentra su énfasis en la palabra “libre”, más que en el término “desarrollo de la personalidad”, toda vez que el referido enunciado normativo no protege exclusivamente un tipo de personalidad y excluye otras, sino que ese precepto establece que todo sujeto de derecho puede decidir cómo llevar a cabo su propia vida y desarrollar, por ende, su propia personalidad atendiendo a sus deseos, convicciones e intereses; claro está, siempre que ello no viole algún derecho de tercero ni trastoque el orden constitucional (Caso Germán Humberto Rincón Perfetti, 1998).

De este modo, el núcleo duro del derecho al libre desarrollo de la personalidad se refiere a todas aquellas decisiones que un sujeto individual adopta durante el transcurso de toda su existencia y que son consustanciales a su autodeterminación en su modelo de vida y en su propia visión de su dignidad (Caso Germán Humberto Rincón Perfetti, 1998).

En ese mismo sentido, en la Sentencia T-097/94, 07 de marzo de 1994, Caso José Moisés Mora Gómez, la mencionada Corte expuso que este derecho fundamental constituye la elevación a nivel constitucional de la libertad, pero en materia de creencias individuales y opciones de vida, cuyo límite es únicamente la autonomía que ejerzan las demás personas; así, su ejercicio supone un respeto a la individualidad del hombre, pero

visto desde una parte integrante del colectivo social (Caso José Moisés Mora Gómez, 1994).

Asimismo, la Corte Colombia también ha señalado que no solo se está ante un derecho, sino también ante un principio orientador de todo el sistema jurídico, así como integrador y crítico de las normas constitucionales (Caso Teresa de Jesús Sandoval Santamaría, 1992).

Es por ello que se ha sostenido que este principio logra vincular a todos los poderes públicos, a fin de que respeten la autonomía individual de todos los sujetos de derecho (Caso Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, 2006).

De este modo, ningún órgano estatal o servidor o funcionario que forme parte de este, podrá interferir en el desarrollo que de forma autónoma efectúa cada individuo, sino que, a diferencia de ello, debe buscar generar las condiciones más óptimas para que logre realizarse como persona (Caso Oscar José Dueñas, 1992).

#### **4.7.2.2. España**

A diferencia de lo que ocurren en Colombia y Perú, en España el libre desarrollo de la personalidad ha sido recogido en el artículo 10.1. de su Constitución como un principio, al ser fundamento de la paz social y del orden político.

Así, en la ATC 156/1987 del 11 de febrero de 1987, el Tribunal Constitucional de España refirió que, como principio, el libre desarrollo de la personalidad se constituye como una plasmación del valor superior libertad, el cual supone el reconocimiento de la autonomía de cada ser humano para elegir todo aquello que está direccionado a cumplir sus propias preferencias y concretar sus propios intereses. Por ello, debe ser observado por todos los poderes públicos, por lo que deberá ser tenido en cuenta en la creación de dispositivos legales, así como en su aplicación, interpretación e integración (Caso Manuela Tejada Sánchez, 1987).

En parecida orientación, el referido Tribunal expuso que el principio del libre desarrollo de la personalidad se encuentra relacionado con la

dignidad humana, pues de su sentido se puede derivar que esta es un valor espiritual y moral ligada al ser humano que se expresa en la autodeterminación responsable y consciente de la propiedad vida y del respeto hacia los demás (Caso José María Ruiz Gallardón, 1985).

**SUB CAPÍTULO V**  
**EL PLAZO PARA PRETENDER LA SEPARACIÓN DE CUERPOS, VÍA**  
**SEPARACIÓN CONVENCIONAL, Y SU ADECUACIÓN AL DERECHO**  
**AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**

**3.1. En el ordenamiento jurídico internacional**

**3.1.1. Argentina**

Si bien en Argentina, mientras estaba vigente el Código Civil Vélez Sarsfield de 1869, no existió propiamente la separación convencional, se tiene que el denominado divorcio o separación de cuerpos por presentación conjunta de la demanda se asemejaba mucho a ella, toda vez que no se sustentaba propiamente en una causal, sea remedio o sanción, sino en una situación que ambos cónyuges consideraban sumamente grave que hacía inviable que siga manteniéndose incólume el vínculo conyugal que los unía.

Así, se tiene que el legislador argentino había establecido un plazo de dos años de contraído el matrimonio para que los cónyuges, vía presentación conjunta de la demanda, pretendan la separación de cuerpos, y tres para poder incoar el divorcio absoluto de forma directa.

En torno a dicho plazo, diversos pronunciamientos lo consideraron inconstitucional, debido a que transgredía la voluntad de los cónyuges de poner término a su relación de esposos o en todo caso de relativizar sus efectos.

Lo anterior se advierte con claridad en la resolución expedida por el Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata, de fecha 16 de julio del 2010, la cual declaró inconstitucional los artículos 205, 215 y 236 del acotado cuerpo de leyes, bajo el razonamiento que la exigencia de un plazo legal para poder pretender el divorcio o la separación de cuerpos implica una intromisión absurda en la libertad e intimidad para aquellos cónyuges que en un momento, de forma voluntaria, decidieron casarse y ahora, tiempo después y en otra etapa de sus vidas, han decidido dar término a su relación conyugal (Divorcio, 2010).

En el mismo sentido se muestra la decisión del Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar de Plata, de fecha 03 de setiembre del 2008, en el cual el referido plazo para pretender el divorcio absoluto fue declarado inconstitucional, toda vez que su exigencia no se justifica ni protege algún interés público, sino únicamente lesiona, sin razón válida que lo respalde, el derecho a la libertad general de los cónyuges, quienes son los únicos que pueden decidir cuándo poner fin a su matrimonio (M.M.G., 2008).

### **3.1.2. México**

En lo que respecta a México, su Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo 32/2017, consideró que el artículo 266 del Código Civil de la Ciudad de México, que prevé un plazo de un año de contraído el matrimonio para pretender el divorcio incausado, es inconstitucional, toda vez que vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, entendiendo al libre desarrollo de la personalidad como aquella libertad general que tiene todo sujeto de derecho de decidir sobre determinadas parcelas de su vida, sin que nadie pueda interferir, se tiene que condicionar a los esposos a dicho requisito temporal implicaría inmiscuirse en dichas decisiones íntimas. En ese sentido, el legislador no puede obligar a los que están casados a mantener su matrimonio cuando ellos no desean hacerlo, especialmente si se tiene en cuenta que dicho requisito carece de respaldo constitucional, al no estar direccionada a tutelar a algún bien jurídico recogido en la Carta Magna (s.d., 2018).

### **3.1.3. Costa rica**

En Costa Rica, su Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente Nro. 08-007528-2007-C, de fecha 16 de mayo del 2008, analizó la constitucionalidad del inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia, el cual exigía que tenía que transcurrir tres años de contraído el matrimonio para que los cónyuges, vía mutuo disenso, puedan divorciarse, así como, vía conexión, del artículo 60 del mismo cuerpo de leyes, que exigía el plazo de dos años de celebrado el matrimonio para pretender, vía mutuo acuerdo, la separación personal.

Así, el referido órgano jurisdiccional consideró que dicha exigencia temporal priva la libertad de los cónyuges de rehacer su vida, pues se limita su voluntad conjunta de poner fin a su matrimonio o de separarse sin que exista una razón valedera para tal limitación (Caso Mariano Castillo Bolaños contra el artículo 48 inciso 7 del Código de Familia, 2008).

En efecto, se consideró que si los cónyuges ya no sean mantener una vida en común, auxiliarse mutuamente y cooperar entre ellos, es inconcebible que el legislador obligue a estos a seguir casados con la excusa de proteger un inexistente interés social. De este modo, si los fines del matrimonio son inexistentes, no puede obligarse a los esposos a seguir manteniendo la relación conyugal más tiempo.

### **3.2. En la legislación nacional**

#### **3.2.1. El Estado Constitucional de Derecho y la constitucionalización del Derecho de Familia**

El Estado Constitucional de Derecho, que es el modelo imperante en el Estado peruano, se caracteriza principalmente porque el juez no solo se encuentra vinculado a la ley, sino también, y de forma preferente, a la constitución (Gascón y García, 2016).

Así se ha sostenido que la constitución ha ido desplazando a la ley y, por ende, al principio de legalidad como principal fuente del derecho (Guastini citado Landa, 2013), por lo que “la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución” (Zagrebelsky, 2011, p. 34).

Este modelo ha generado que se presente un nuevo escenario: el de la constitucionalización de las diferentes ramas del Derecho, el cual ha sido definido como un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico en el cual, como resultado final, todo el sistema normativo se encuentra impregnado por la presencia de derechos de fuente consitucional.

Este fenómeno implicaría, en palabras de Lathrop (2017), dos cuestiones elementales: i) el recibimiento de derechos de fuente constitucional en las ramas tradicionales del Derecho, a fin de brindarles protección constitucional; y, ii) la obligatoriedad directa de dichos derechos para todos los entes públicos y sujetos privados, esto es, la fuerza normativa de la Constitución (Hesse citado por Landa, 2013, p. 34).

Los dos elementos antedichos suponen que la Constitución va otorgando un nuevo contenido a la ley, influenciando en la interpretación y aplicación de esta, así como en las categorías e instituciones jurídicas propias de las distintas áreas del derecho (Alvites, 2018), como es el caso del Derecho de Familia.

La constitucionalización del Derecho de Familia ha generado que esta rama adopte nuevas funciones a la luz del sometimiento a los derechos constitucionales, como es el caso de la dignidad humana.

En este sentido, Roca (citado por Fernández, 2016) refiere:

El actual derecho de familia, englobado en el sistema constitucional, debe ser concebido como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar. El derecho de familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales. (p. 20)

### **3.2.2. Nociones preliminares: matrimonio y separación convencional**

Para un sector de la doctrina, el matrimonio es considerado como un acto jurídico familiar originado por el acuerdo de voluntades de dos sujetos individuales de distinto sexo con la finalidad básica de llevar a cabo una comunidad de vida (Diez-Picazo y Gullón, 2012), así como procrear y educar a los hijos (Varsi, 2011). De este modo, vendría a ser la génesis de una relación jurídica familiar que vinculará a los consortes (Plácido, 2002).

Así, viene a ser un acto jurídico regido por el Derecho de Familia, caracterizado por ser *ad solemnitatem*; a partir del cual surge la unión



concertada entre marido y mujer destinada a crear un solo proyecto de vida tanto en la dimensión personal como patrimonial, todo ello a partir de la convivencia, el auxilio mutuo y el deber de fidelidad (Canales, 2016).

En este sentido, de este acto se deriva el estado de familia conyugal, del cual se desprenden diversas facultades, derechos, deberes y obligaciones.

Para otro sector de la doctrina, el matrimonio también sería concebido como un estado, que hace referencia a la situación jurídica en la que se encuentran quienes han celebrado el acto matrimonial; es decir, el estado de casado (Plácido, 2002).

Si se esboza una definición a partir de los elementos que recoge el Código Civil en su artículo 234, el matrimonio vendría a ser una unión que surge de la voluntad concertada de dos personas de distinto sexo, quienes se encuentran aptos para contraer nupcias y poder formalizar su relación jurídica a la luz de los dispositivos normativos contenidos en el acotado Código sustantivo; los cuales determinarán sus efectos, fines, régimen patrimonial y de invalidez y las causales que originarán su extinción o decaimiento.

Ahora bien, así como la voluntad recíproca da origen al matrimonio, también la misma, a través de la denominada separación convencional puede generar, transitado el proceso judicial o procedimiento notarial o municipal correspondiente, que se debilite el vínculo conyugal (separación de cuerpos), para posteriormente lograr su extinción definitiva (divorcio ulterior).

### **3.2.3. El requisito temporal para pretender la separación convencional**

#### **3.2.3.1. Nociones preliminares**

El inciso 13 del artículo 333 del Código Civil regula el supuesto de hecho de la separación convencional, refiriendo que solo se puede acudir a ella para pretender la separación de cuerpos cuando han transcurrido dos años de contraído el matrimonio.

### **3.2.3.2. La razón de su existencia**

Como bien señala Plácido (2008), el plazo de dos años que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional constituye una “garantía de seriedad del propósito de separación y sirve como periodo de reflexión a los cónyuges” (p. 24).

Así, se entiende que el referido término legal se fundamenta en el hecho que se busca hacer entender a los cónyuges que separarse es una decisión que debe ser tomada con la mayor reflexión previa y madurez posible, pues su concretización desencadenará consecuencias patrimoniales y personales sobre ellos y para sus hijos comunes, los cuales muchas veces serán irremediables.

### **3.2.2.3. ¿Se justifica en algún principio constitucional?**

En torno al matrimonio, se tiene que determinar, en primer término, si estamos ante un derecho o no. Así, a diferencia de lo que ocurre en España –que en el artículo 32 de su Carta Magna reconoce expresamente el derecho a contraer matrimonio con igualdad jurídica para el hombre y la mujer–, en el Estado peruano no existe un reconocimiento expreso del derecho a contraer matrimonio; empero, de manera implícita estaría inmerso dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Lo anterior es recogido por el Tribunal Constitucional en el caso Álvarez Rojas (2004), en donde se dejó sentado que del artículo 4 de la Carta Magna no es posible extraer un derecho constitucional a contraer matrimonio; no obstante, este derecho sí formaría parte del ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se encuentra reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Ahora bien, si no es un derecho, es importante responde a la siguiente pregunta: ¿el matrimonio tiene algún respaldo constitucional? De una lectura atenta de la Carta Magna se puede advertir que existe un solo principio constitucional que hace referencia de forma expresa a él, este

es el denominado principio de promoción de matrimonio que se encuentra contenido en el artículo 4 de la Carta Magna.

Por el principio de promoción de matrimonio, “el ordenamiento jurídico contempla al matrimonio como una institución principal constitutiva de familia y de legitimación y reconocimiento jurídico de una unión intersexual” (Canales, 2016, p. 7).

Promover el matrimonio, en palabras de Plácido (2014), implica:

Fomentar la celebración del matrimonio y (...) propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Para lo primero, la forma prescrita para casarse debe consistir en un procedimiento sencillo y no costoso que justamente facilite su celebración; para lo segundo, el régimen de invalidez del matrimonio debe gobernarse por el principio *favor matrimonii*. (p. 115)

Este principio no supone la indisolubilidad del matrimonio, toda vez que el régimen de decaimiento y extinción del vínculo matrimonial, a partir del principio recogido en el artículo 4 de la Carta Magna, es desarrollado mediante la ley (Plácido, 2014). Así, el referido principio no obliga al legislador a eliminar las causales de divorcio y separación, toda vez que estas se desarrollan normativamente a la luz del criterio que impera en un determinado lapso de tiempo (Plácido, 2014).

Finalmente, por este principio no se debe de entender que el matrimonio y la familia forman una unidad indesligable, sino únicamente que son las familias matrimoniales las que deben ser beneficiadas con una mayor tutela (lo que se traduce en ciertos privilegios que otros tipo de familia no poseen), por ser la fuente más relevante de la cual surge una familia (Plácido, 2013).

Teniendo en cuenta lo anteriormente explicado, se tiene que no se encuentra dentro del contenido del principio de promoción del matrimonio el colocar trabas para que los cónyuges puedan separarse, por lo que el plazo de dos años que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil no se sustenta en ella.

Asimismo, al no existir otro principio que haga referencia al matrimonio, es razonable inferir que dicho requisito temporal carece de respaldo constitucional.

#### **3.2.2.4. ¿Se adecua al derecho al libre desarrollo de la personalidad?**

En primer lugar, es importante reflexionar que no existe derecho fundamental absoluto, sino que estos pueden ser limitados, siempre y cuando no se limite de manera irrazonable ni se deje desprotegido su contenido esencial (Del Moral, 2012).

En el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad, resulta imperioso señalar que su núcleo duro protege la libertad general de acción; por consiguiente, se configura una transgresión del mismo cuando a una determinada persona individual se le impide, de manera arbitraria, lograr las aspiraciones legítimas que se ha trazado para su proyecto de vida, así como escoger libremente las decisiones que dan sentido a su existencia (Del moral, 2012).

Trasladada esta libertad general de decisión al régimen del matrimonio y la separación de cuerpos, se tiene que cuando los cónyuges están de acuerdo con separarse, es inútil que el legislador, a través de un dispositivo normativo, los obligue a seguir juntos, debido a que de todos modos se separarán (Borda, s.f.).

Por consiguiente, resulta evidente que establecer un requisito temporal que limita la libertad concertada de los cónyuges de producir el decaimiento de su vínculo matrimonial constituye una limitación al derecho libre desarrollo de la personalidad; es decir, tal exigencia no se adecua a la referida situación jurídica de ventaja que favorece a los cónyuges.

#### **3.2.2.5. ¿Se justifica la vulneración al libre desarrollo de la personalidad?**

Ahora bien, habiéndose explicado que el requisito temporal previsto en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil limita al derecho al libre

desarrollo de la personalidad, es importante que se analice si dicha limitación se encuentra justificada.

Así tenemos que, a fin de dar respuesta a la interrogante planteada, es necesario tener en cuenta que aquí no estamos ante una colisión de principios, por lo que no se puede acudir al denominado test de proporcional ni por ende a sus sub reglas: necesidad, idoneidad y ponderación; toda vez que, para ello, tal como señala Luis Prieto Sanchís (2013, 2008), es necesario que determinada regla tenga un respaldo constitucional, de lo cual carece el mencionado requisito temporal, tal como se ha explicado en el ítem 3.2.2.3.

Si no se puede acudir al test de proporcionalidad, corresponde que se analice si la limitación al referido derecho resulta razonable, lo cual implica evaluar si la restricción protege otro derecho o posee un fin legítimo (Prieto, 2000; Sosa, 2013).

Como se ha explicado anteriormente, el plazo de dos años de contraído el matrimonio resulta ser totalmente arbitrario, debido a que fue fijado por el legislador sin que se haya considerado qué se estaba protegiendo con él, por lo que no existe derecho alguno que proteja.

En cuanto a si posee un fin legítimo, es necesario recordar que la limitación temporal contenida en el dispositivo legal estudiado busca dotar de mayor seriedad al propósito de separación y sirve como periodo de reflexión para los cónyuges a fin de que no acudan al divorcio sin antes haber evaluado todos los aspectos positivos y negativos de dicha decisión.

Sobre el primer fin, considero que este no sería uno legítimo, debido a que la decisión de separarse ha sido adoptada por persona capaces, los cuales logran discernir y avizorar con claridad los efectos que se desprenden, tanto en su aspecto personal como patrimonial, al separarse.

Ahora bien, si la razón subyacente de este propósito es conservar el matrimonio, es importante dejar en claro que ella no puede ser legítima si es que se sacrifican otros fines legítimos y constitucionales, como lo

es el tutelar el desarrollo de la personalidad de los seres humanos; fin que posee un mayor contenido valorativo y se instituye como una meta mucho más alta y primordial que la de mantener vigente una relación conyugal desquiciada (Caso Defensor del Pueblo contra el artículo 337 del Código Civil, 1997).

En cuanto al segundo fin, en la doctrina se sostiene, con mucho acierto, que el mencionado periodo de reflexión se ve reemplazado con la duración de la separación de cuerpos (Calisaya, 2013); es decir, el periodo que transcurre desde que se obtiene la decisión que dispone la separación de cuerpos hasta que se solicita el divorcio ulterior sería el real periodo de reflexión que tienen los cónyuges para decidir si realmente lo que desean es extinguir su vínculo matrimonial, toda vez que en cualquier momento, antes que se efectúe dicha extinción, pueden reconciliarse.

En este sentido, tampoco existe un fin legítimo que justifique la vulneración que ocasiona el requisito temporal contenido en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que el citado enunciado normativo resulta ser inconstitucional.

## CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

### 3.1. Materiales

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó la siguiente información bibliográfica y hemerográfica.

- a) Legislación nacional: Código Civil de 1984, Código Civil de 1936, Constitución Política de 1979 y Constitución Política del Perú 1993.
- b) Legislación internacional: Código Civil y Comercial de Argentina del 2014, Código Civil Español, Constitución Política de España, Código Civil argentino de 1869, Código Civil de Costa Rica y Código Civil de la Ciudad de México.
- c) Doctrina nacional y comparada.
- d) Jurisprudencia nacional e internacional.
- e) Revistas especializadas en Derecho.
- f) Tesis relacionadas con la materia de investigación.
- g) Información contenida en páginas web especializadas.

### 3.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

#### 3.2.1. Técnicas

**3.2.1.1. Análisis bibliográfico:** Se empleó al momento de recabar la diferente información doctrinaria referida a las variables que conforman el problema investigado.

**3.2.1.2. Análisis de documentos:** Se utilizó para analizar las resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional de España, la Corte Constitucional de la República de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y el Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata de Argentina, a fin de determinar los criterios jurisprudenciales empleados cuando el derecho al libre desarrollo de la personalidad termina lesionado por el actuar del legislador.

### **3.2.2. Instrumentos**

**3.2.2.1. Fichas bibliográficas:** Se empleó para poder mejorar el mecanismo de recolección de información, debido a que su uso permitirá establecer un orden, en relación a las fuentes primarias y secundarias, del material bibliográfico.

**3.2.2.2. Guía de análisis de documentos:** Su uso permitió estudiar a detalle las sentencias expedida por Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional de España, la Corte Constitucional de la República de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y el Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata, relacionadas a las variables materia de estudio.

### **3.3. Procedimientos**

- **Paso 1:** Se buscó información contenida en los libros y tesis de las bibliotecas de la Universidad Privada Antenor Orrego, la Universidad Nacional de Trujillo y la Pontificia Universidad Católica del Perú sobre el problema bajo estudio.
- **Paso 2:** Se buscó información en bibliotecas virtuales y en revistas indexadas físicas y on-line sobre las variables materia de investigación.
- **Paso 3:** Se utilizó la técnica del fotocopiado sobre los libros y revistas que sean fuente principal y secundaria del tema sujeto a investigación; asimismo, se imprimieron los artículos, libros digitales y ensayos obtenidos de internet sobre las variables estudiadas.
- **Paso 4:** Se ingresó a los buscadores jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional de España, la Corte Constitucional de la República de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica para extraer la jurisprudencia concerniente a los diferentes capítulos que integran al Marco Teórico.



- **Paso 5:** Se clasificó, procesó e interpretó la información obtenida, a fin de que sea el sustento del marco teórico.
- **Paso 6:** Se elaboró el trabajo de investigación, el cual se inició sistematizando la información recabada en los diversos capítulos que integrarán a la tesis.

### 3.4. Diseño de Contrastación

Es descriptivo-explicativo; en donde el **esquema** será el siguiente:



Donde:

C = Será la variable independiente y E = Será la variable dependiente

C = El inciso 13 del artículo 333 del Código Civil que regula la causal de separación convencional.

E = El derecho al libre desarrollo de la personalidad.

### 3.5. Procesamiento y análisis de datos

#### 3.5.1. Métodos lógicos

**3.5.1.1. Método deductivo:** En el presente trabajo de investigación se empleó este método para extraer los elementos particulares que caracterizan a la separación convencional y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

**3.5.1.2. Método inductivo:** Se aplicó este método para llegar a conclusiones generales a partir del análisis exhaustivo de la jurisprudencia y la doctrina sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la separación convencional.

#### 3.5.2. Métodos jurídicos

**3.5.2.1. Método dogmático:** Se empleó este método para analizar diversos aportes doctrinarios que explican la afectación que causa la exigencia de un plazo para pretender la separación convencional, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

**3.5.2.2. Método hermenéutico:** Para el presente trabajo de investigación se empleó este método para interpretar los artículos 4 y 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú y el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil.

**3.5.2.3. Método comparativo:** Para la presente investigación se utilizó este método para conocer las diversas realidades de los ordenamientos jurídicos de España, Colombia, México, Costa Rica y Argentina, con la finalidad de contrastar la información que se extraiga de ellas con las doctrinas, jurisprudencia y textos normativos nacionales concernientes a las variables de estudios.

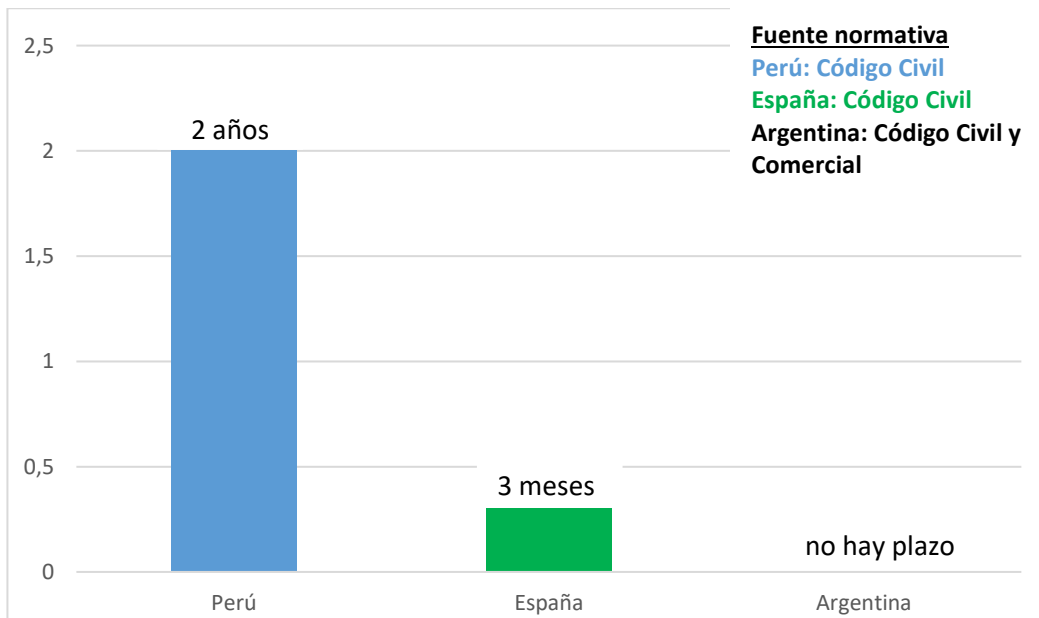
## CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### 4.1. Estudio Legislativo

En este acápite se procedió a analizar de forma comparativa el ordenamiento jurídico español, argentino y el peruano en torno a las variables bajo estudio. Así, se tiene lo siguiente.

#### 4.1.1. ¿Cuál es el plazo que legalmente se exige, luego de contraído el matrimonio, para poder pretender la separación de cuerpos vía separación convencional?

##### Gráfico



**Fuente del gráfico:** Elaboración propia.

##### Resultados del Gráfico

En cuanto al Estado peruano (que se encuentra graficado con la barra azul), tal como prescribe el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, los cónyuges deben de esperar que transcurran dos años desde que han contraído nupcias para que puedan pretender la separación de cuerpos vía separación convencional.

Por su lado, en España (representado por la barra verde), el artículo 81 de su Código Civil, modificado por la Ley 15/2015, establece que los

cónyuges deben esperar tres meses desde la celebración del matrimonio para que puedan pedir su separación; empero, ello se puede pretender antes si es que se acredita la existencia de un riesgo grave para la integridad integral, la vida y la libertad de la parte demandante o de los hijos comunes.

Finalmente, en Argentina (no tiene barra que la represente), tal como prescribe su Código Civil y Comercial del 2014, no se exige plazo alguno para que ambos cónyuges pretendan su divorcio. Aquí es importante precisar que la figura de la separación de cuerpos (separación personal) no ha sido recogida normativamente en el referido cuerpo de leyes, por lo que no es posible pretenderla.

### **Discusión del Gráfico**

De los tres resultados obtenidos, tenemos que Argentina ha derogado cualquier plazo para que los cónyuges, ya sea de forma unilateral o conjunta, pretendan de forma directa su divorcio absoluto. Asimismo, ha derogado la figura de la separación de cuerpos.

En cambio, en España todavía se mantiene un plazo legal, el cual, si bien es reducido (tres meses), aún no guarda correspondencia absoluta con el principio al libre desarrollo de la personalidad.

Por su lado, Perú se encuentra totalmente rezagado en comparación a los otros dos países, al exigir que transcurran dos años de contraído el matrimonio.

Lo anterior evidencia que los dos primeros Estados se han preocupado por tratar al divorcio como una institución jurídica que no debe ser vista con reproche, pues la misma no es la generadora de los problemas familiares, sino que se muestra como una forma de solucionarlos y ponerles fin.

En dichos Estados se prefiere dar prevalencia a los sujetos que integran la relación matrimonial, y por ende a su libertad vista en sentido general, que a la relación misma; a diferencia de lo que ocurre en Perú, en donde

todavía se entiende al matrimonio como una categoría social, siendo muchas veces vista como sinónimo de familia.

**4.1.2. ¿Cuál son las razones que han motivado la reducción, derogación o imposición de algún plazo para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional?**

<b>Cuadro Nro. 1</b>		
Perú	España	Argentina
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantía de seriedad del propósito de separación y utilidad del plazo como periodo de reflexión.</li> </ul> <p><b>Fuente:</b> doctrinaria, posición del profesor Alex Plácido.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Principio del libre desarrollo de la personalidad.</li> <li>• Principio de igualdad y la prohibición de no ser discriminado.</li> <li>• Derecho a contraer matrimonio.</li> </ul> <p><b>Fuente:</b> doctrinaria, posición del catedrático Ángel Acedo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho al libre desarrollo de la personalidad.</li> </ul> <p><b>Fuente:</b> doctrinaria, posición de la docente Carolina Duprat.</p>

**Fuente del cuadro:** Elaboración propia.

**Resultados del Cuadro Nro. 1**

En el cuadro naranja se presentan las principales razones por las cuales en el ordenamiento jurídico peruano se exige a los esposos que esperen dos años de contraído su matrimonio para que puedan pretender su separación de cuerpos vía separación convencional, estas son la garantía de seriedad del propósito de separación y el periodo de reflexión, tal como señala el profesor Alex Plácido (2008) en su obra “Las causales de divorcio y la separación de cuerpos en la jurisprudencia civil”.

Por su lado, en España, representado por el cuadro plomo, tal como manifiesta el catedrático Ángel Acedo (2009) en su obra intitulada “El divorcio en el derecho español”, se han señalado tres razones por las

cuales se ha reducido a tres meses el plazo para que los cónyuges puedan separarse vía mutuo acuerdo, estas son el principio del libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad y la prohibición a no ser discriminado y el derecho a contraer matrimonio.

Finalmente, representado por el cuadro amarillo, se tiene que en Argentina, tal como explica Carolina Duprat (2014) en la obra “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, la principal razón por la cual no se requiera de plazo alguno para pretender el divorcio absoluto por ambos cónyuges es el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

### **Discusión del Cuadro Nro. 1**

En España y Argentina se ha invocado al libre desarrollo de la personalidad, el primero de ellos como principio y el segundo como derecho, para justificar, respectivamente, la reducción a tres meses y la eliminación del plazo de contraído el matrimonio para que los cónyuges de forma conjunta puedan pretender, el primero, su separación personal o divorcio absoluto, y, el segundo, únicamente el divorcio directo.

En contraste a ellos, en Perú, el referido derecho no ha sido tomado en cuenta al momento en que se ha impuesto el plazo de dos años que recoge el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil; por el contrario, se han invocado a la garantía de seriedad del propósito de separación y a la utilidad del plazo como periodo de reflexión para justificar la existencia de dicha exigencia.

Así, se advierte con claridad que las razones que han motivado al legislador peruano para que adopte dicho criterio no poseen respaldo constitucional ni legal, siendo por ende de naturaleza subjetiva y arbitraria.

## 4.2. Estudio Jurisprudencial

En este acápite se procedió a analizar de forma comparativa la jurisprudencia proveniente de casos tramitados ante Tribunales argentinos, costarricenses y peruanos, en torno a las variables bajo estudios. Así, se tiene lo siguiente.

### 4.2.1. ¿Es constitucional la exigencia legal de un plazo para que se pueda pretender la separación de cuerpos?

**Cuadro Nro. 2**

<u>Países</u>	<u>Precepto normativo</u>	<u>Fuente</u>	<u>Decisión</u>
Argentina	Artículo 205 del Código Civil argentino de 1869	<u>Jurisprudencial</u> Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata, de fecha 16 de julio del 2010 y Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar de Plata, de fecha 03 de setiembre del 2008	No
Costa rica	Inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia	<u>Jurisprudencial</u> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente Nro. 08-007528-2007C.	No
Perú	Inciso 13 del artículo 333 del Código Civil	Hasta el momento no existe órgano judicial que haya analizado la constitucionalidad del requisito temporal para pretender la separación de cuerpos	No existe

**Fuente del cuadro:** Elaboración propia.

### **Resultados del Cuadro Nro. 2**

En el cuadro azul se observa que en los países de Argentina —decisión emitida por el Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata, de fecha 16 de julio

del 2010 y el Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar de Plata, de fecha 03 de setiembre del 2008— y Costa Rica —fallo expedido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente Nro. 08-007528-2007C, de fecha 16 de mayo del 2008—, los jueces han dispuesto que no es constitucional que el legislador (artículo 205 del Código Civil argentino de 1869 e Inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia de Costa Rica) exija que se tenga que esperar cierto tiempo desde que se ha contraído el matrimonio para que los cónyuges puedan pretender su separación de cuerpos.

En cambio, en el cuadro verde se advierte que en el Perú hasta el momento, y dentro de los límites y alcances de la presente investigación, no ha existido algún caso en la que se haya tenido que analizar tal cuestión controvertida (inciso 13 del artículo 333 del Código Civil).

### **Discusión del Cuadro Nro. 2**

Resulta evidente que en países como Argentina y Costa Rica se ha presentado un gran avance en torno a la nueva concepción que se tiene del divorcio y su estrecha vinculación con derechos constitucionales y por ende a la constitucionalización del Derecho de Familia.

Es por ello que sus jueces han resuelto controversias en las cuales existe un conflicto entre las exigencias legales para pretender la separación de cuerpos y la constitución de sus respectivos países, decantándose por las segundas por reconocer derechos fundamentales.

Por su lado, en Perú hasta el momento no existe algún pronunciamiento judicial en el cual se haya analizado la constitucionalidad del plazo de dos años de contraído el matrimonio que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional; sin embargo, esto no puede significar que tal exigencia guarde correspondencia con los principios que recoge la Carta Magna.



4.2.2. ¿Cuáles son las razones que han motivado que se declare inconstitucional la exigencia legal de un plazo para pretender la separación de cuerpos?

**Cuadro Nro. 3**

Argentina	Costa Rica
<ul style="list-style-type: none"><li>• Se transgrede la libertad general e intimidad de los cónyuges</li></ul> <p><u>Fuente:</u> jurisprudencial, fallo emitido por el Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata, de fecha 16 de julio del 2010 y el Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar de Plata, de fecha 03 de setiembre del 2008.</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se lesiona la libertad de los cónyuges.</li></ul> <p><u>Fuente:</u> jurisprudencial, fallo emitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente Nro. 08-007528-2007C, de fecha 16 de mayo del 2008.</p>

**Fuente del cuadro:** Elaboración propia.

**Resultados del Cuadro Nro. 3**

En el recuadro verde se deja constancia que la principal razón por la cual los jueces argentinos, cuando estaba vigente su Código Civil de 1869, consideraban inconstitucional el plazo que se exigía para que se pueda pretender la separación de cuerpos vía demanda de presentación conjunta era la transgresión a la libertad general e intimidad de los cónyuges demandantes.

Finalmente, en el país de Costa Rica, la principal razón para declarar la mencionada inconstitucionalidad es la lesión a la libertad de los esposos.

**Discusión del Cuadro Nro. 3**

En el caso del derogado Código Civil argentino de 1869, allí se había establecido un plazo de dos años de contraído el matrimonio para que los esposos, vía presentación conjunta de la demanda, pretendan la separación de cuerpos.

Es así que en casos como el tramitado ante el Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata, de fecha 16 de julio del 2010 (Divorcio, 2010), y en el Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar de Plata, de fecha 03 de setiembre del 2008 (M.M.G., 2008), el referido plazo se consideró inconstitucional porque transgredía la voluntad de los consortes de relativizar los efectos de su vínculo matrimonial para poder posteriormente obtener una decisión judicial que ponga fin al mismo.

Así, se entendió que dicho requisito temporal resulta ser una intromisión absurda en la libertad e intimidad para los cónyuges que, con la misma voluntad que se casaron, ahora decidieron divorciarse.

Aunado a ello, se consideró que dicha exigencia no tutela algún interés público, sino que, por el contrario, los lesiona de forma arbitraria y discrecional.

Por su lado, en Costa Rica, su Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente Nro. 08-007528-2007C, de fecha 16 de mayo del 2008, declaró la inconstitucionalidad de la exigencia legal referida al plazo de años de contraído el matrimonio para que los cónyuges pretendan, vía muto disenso, la separación de cuerpos (Caso Mariano Castillo Bolaños contra el artículo 48 inciso 7 del Código de Familia, 2008). Así, se consideró que dicho requisito priva la libertad de los esposos de rehacer su vida, debido a que se limita, sin razón valedera que lo respalde, su voluntad conjunta de separarse.

En cuanto al caso peruano, si es que algún juez llega a conocer un caso en el que se demanda la separación de cuerpos vía separación convencional antes que se cumplan los dos años que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, tiene que inaplicar el extremo pertinente de dicha precepto normativo, debiendo invocar para ello el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges.

## CAPÍTULO V: PROPUESTA

### 5.1. Propuesta legislativa

**Proyecto de Ley que deroga el plazo de dos años que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional.**

Los congresistas del Grupo Parlamentario (...) que suscriben, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa prevista en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y concordante con los artículos 22 inciso c), 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE DEROGA EL PLAZO DE DOS AÑOS QUE EXIGE EL INCISO 13 DEL ARTÍCULO 333 DEL CÓDIGO CIVIL PARA PRETENDER LA SEPARACIÓN DE CUERPOS VÍA SEPARACIÓN CONVENCIONAL**

**Artículo 1°.** Derogación del plazo de dos años que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional.

Deróguese el plazo de dos años que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional, con el objeto de tutelar el derecho del libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, quienes ya no desean seguir manteniendo incólume su vínculo matrimonial ni desean esperar el tiempo que exige hasta este momento el Código Civil para poder separarse, toda vez que

buscan posteriormente obtener una decisión que disuelva su vínculo matrimonial de forma definitiva.

Así, luego de la respectiva derogación, el referido dispositivo legal quedará de la siguiente manera:

**"Artículo 333.- Causales**

Son causales de separación de cuerpos:

(...). 13. La separación convencional".

**Exposición de motivos**

El presente proyecto de ley y su fundamentación es una iniciativa del abogado Bruno Fernando Avalos Pretell, quien, analizando el actual escenario normativo que afrontan miles de esposos, así como el panorama de los ordenamiento jurídicos comparados y los avances doctrinarios y jurisprudenciales, considera de suma importancia la reivindicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges frente al requisito temporal consistente en que deban esperar dos años de contraído su matrimonio para que puedan pretender la separación de cuerpos vía separación convencional.

Los congresistas que suscribimos hacemos nuestra dicha iniciativa a efecto de que sea discutida en las instancias correspondientes del Congreso y se convierta eventualmente en una ley de la República. El texto es el siguiente:

**I. Objetivo**

El presente proyecto de ley pretende la derogación del requisito temporal contenido en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional, toda vez que su exigencia atenta contra el derecho del libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, pues se les causa una limitación a la concretización de su proyecto de vida y por ende a su libertad general sin que exista un principio, fin o valor constitucional que respalde ello.

## **II. Antecedentes**

En el Estado peruano, la separación convencional se instituye como una categoría jurídica de larga data, teniendo como su antecedente más remoto a la Ley Nro. 7893, promulgada el 22 de mayo de 1934, en la cual fue recogida como una causal para pretender el divorcio.

Luego, con el Código Civil de 1936, su tratamiento se restringió a la separación de cuerpos, pues podía ser invocada luego de dos años de contraído el matrimonio, para posteriormente demandar el divorcio ulterior, luego de transcurrido un año de la sentencia de separación.

Con el Código Civil de 1984, fue introducida en el inciso 11 del artículo 333 como supuesto de hecho para demandar la separación de cuerpos, la cual, una vez declarada y luego de transcurridos seis meses, podía ser convertida a un divorcio ulterior.

Finalmente, con la promulgación de la Ley Nro. 29227, en mayo del 2008, fue trasladada al inciso 13 del mismo Código sustantivo, pero manteniendo el mismo requisito legal.

Así tenemos que la actual regulación exige que los cónyuges estén casados como mínimo dos años para que luego, vía separación convencional, puedan pretender su separación de cuerpos.

## **III. Problemática**

La problemática actual consiste en que, sin respaldo constitucional alguno, el legislador ha colocado en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil una exigencia temporal consistente en que los esposos deban seguir casados dos años para que puedan pretender la separación de cuerpos vía separación convencional.

Consideramos que ello es un problema porque dicho requisito temporal colisiona directamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se configura como un derecho constitucional al estar contenido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad vendría a establecer la libertad general de acción (Sosa, 2013); es decir, la facultad de cada individuo de hacer lo que él desee sin límite alguno, salvo que dicho límite se funde en principios constitucionales y se realice de manera proporcional (Santana, 2014).

Por ello se señala que su reconocimiento brinda mayor relevancia a la voluntad de la persona y por ende a la primacía y respeto de su dignidad (Rocha, 2016).

Así, en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, el referido derecho no puede sufrir limitaciones desproporcionadas ni tampoco alguna que no esté sustentada en algún otro principio constitucional. La razón de ello se encuentra en el inciso 24 del artículo 2 de la Carta Magna, el cual establece que ningún sujeto de derecho se encuentra obligado a hacer lo que los textos legales no mandan, ni impedido de hacer lo que ellos no impiden (Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley Nro. 28705, 2011).

En este sentido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad trae como correlato el reconocimiento en la Carta Magna de una cláusula general de libertad; por cual, tal como refiere el Tribunal Constitucional (Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley Nro. 28705, 2011) en su fundamento jurídico 23:

La libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.

El requisito temporal contenido en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil no posee un derecho o principio constitucional que lo respalde, toda vez que no existe en la Carta Magna alguno que exija el cumplimiento previo de un tiempo para que se pueda proceder a demandar la separación

de cuerpos; asimismo, el principio de promoción del matrimonio tampoco ampara tal exigencia, toda vez que su contenido no prohíbe que los cónyuges puedan separarse motivados por su propia voluntad sin que para ello se exija que previamente estén casados cierto tiempo.

Más bien, en la doctrina se ha sostenido que la inclusión de la exigencia temporal en el ordenamiento jurídico se ha dado por dos fines que el legislador de dicha época consideró relevantes: “garantía de seriedad del propósito de separación y sirve como periodo de reflexión a los cónyuges” (Plácido, 2008, p. 24).

Dichos fines tampoco resultan ser razonables, pues no protegen otro derecho constitucional ni resultan ser legítimos.

En efecto, como se ha explicado anteriormente, el plazo de dos años de contraído el matrimonio resulta ser totalmente arbitrario, debido a que fue fijado por el legislador sin que se haya considerado qué se estaba protegiendo con él, por lo que no existe derecho alguno que proteja.

En cuanto a si posee un fin legítimo, el consistente en constituirse como una garantía de seriedad del propósito de separación, no cumpliría tal cualidad, debido a que la decisión de separarse ha sido adoptada por persona capaces, los cuales logran discernir y avizorar con claridad los efectos que se desprenden de su decisión, tanto en su aspecto personal como patrimonial.

Ahora bien, si la razón subyacente de este fin es conservar el matrimonio, es importante dejar en claro que ella no puede ser legítima si es que se sacrifican otros fines legítimos y constitucionales, como lo es el tutelar el desarrollo de la personalidad de los seres humanos; fin que posee un mayor contenido valorativo y se instituye como una meta mucho más alta y primordial que la de mantener vigente una relación conyugal desquiciada (Caso Defensor del Pueblo contra el artículo 337 del Código Civil, 1997).

En cuanto al segundo fin, en la doctrina se sostiene, con mucho acierto, que el mencionado periodo de reflexión se ve reemplazado con la duración de la separación de cuerpos (Calisaya, 2013); es decir, el periodo que

transcurre desde que se obtiene la decisión que dispone la separación de cuerpos hasta que se solicita el divorcio ulterior sería el real periodo de reflexión que tienen los cónyuges para decidir si realmente lo que desean es extinguir su vínculo matrimonial, toda vez que en cualquier momento, antes que se efectúe dicha extinción, pueden reconciliarse.

En este sentido, tampoco existe un fin legítimo que justifique la vulneración que ocasiona el requisito temporal contenido en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que el citado enunciado normativo resulta ser inconstitucional.

Aunado a todas las razones antedichas, se tiene que a nivel comparado también se han declarado inconstitucionales los requisitos temporales que obligaban a los cónyuges a seguir casados para luego pretender su divorcio absoluto o separación de cuerpos.

Así tenemos que en Argentina, mientras estaba vigente el Código Civil Vélez Sarsfield de 1869, el plazo de dos años que se exigía para pretender separación de cuerpos por presentación conjunta de la demanda, y tres para poder incoar el divorcio absoluto de forma directa, fue declarado inconstitucional, debido a que transgredía la voluntad de los cónyuges de poner término a su relación de esposos o en todo caso de relativizar sus efectos.

En esta orientación se encuentra la resolución expedida por el Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata, de fecha 16 de julio del 2010, la cual declaró inconstitucional los artículos 205, 215 y 236 del acotado cuerpo de leyes, bajo el razonamiento que la exigencia de un plazo legal para poder pretender el divorcio o la separación de cuerpos implica una intromisión absurda en la libertad e intimidad para aquellos cónyuges que en un momento, de forma voluntaria, decidieron casarse y ahora, tiempo después y en otra etapa de sus vidas, han decidido dar término a su relación conyugal (Divorcio, 2010).

En el mismo sentido se muestra la decisión del Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar de Plata, de fecha 03 de setiembre del 2008, en el cual el referido



plazo para pretender el divorcio absoluto fue declarado inconstitucional, toda vez que su exigencia no se justifica ni protege algún interés público, sino únicamente lesiona, sin razón válida que lo respalde, el derecho a la libertad general de los cónyuges, quienes son los únicos que pueden decidir cuándo poner fin a su matrimonio (M.M.G., 2008).

Asimismo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo 32/2017, consideró que el artículo 266 del Código Civil de la Ciudad de México, que prevé un plazo de un año de contraído el matrimonio para pretender el divorcio incausado, es inconstitucional, toda vez que vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges.

En efecto, entendiendo al libre desarrollo de la personalidad como aquella libertad general que tiene todo sujeto de derecho de decidir sobre determinadas parcelas de su vida, sin que nadie pueda interferir, se tiene que condicionar a los esposos a dicho requisito temporal implicaría inmiscuirse en dichas decisiones íntimas. En ese sentido, el legislador no puede obligar a los que están casados a mantener su matrimonio cuando ellos no desean hacerlo, especialmente si se tiene en cuenta que dicho requisito carece de respaldo constitucional, al no estar direccionada a tutelar a algún bien jurídico recogido en la Carta Magna (s.d., 2018).

En Costa Rica, su Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente Nro. 08-007528-2007-C, de fecha 16 de mayo del 2008, analizó la constitucionalidad del inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia, el cual exigía que tenía que transcurrir tres años de contraído el matrimonio para que los cónyuges, vía mutuo disenso, puedan divorciarse, así como, vía conexión, del artículo 60 del mismo cuerpo de leyes, que exigía el plazo de dos años de celebrado el matrimonio para pretender, vía mutuo acuerdo, la separación personal.

Así, el referido órgano jurisdiccional consideró que dicha exigencia temporal priva la libertad de los cónyuges de rehacer su vida, pues se limita su voluntad conjunta de poner fin a su matrimonio o de separarse sin que

exista una razón valedera para tal limitación (Caso Mariano Castillo Bolaños contra el artículo 48 inciso 7 del Código de Familia, 2008).

En efecto, se consideró que si los cónyuges ya no sean mantener una vida en común, auxiliarse mutuamente y cooperar entre ellos, es inconcebible que el legislador obligue a estos a seguir casados con la excusa de proteger un inexistente interés social. De este modo, si los fines del matrimonio son inexistentes, no puede obligarse a los esposos a seguir manteniendo la relación conyugal más tiempo.

### **Conclusiones:**

Es necesaria la derogación del requisito temporal contenido en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil porque, sin que tenga respaldo constitucional alguno o razonabilidad sobre la base de un fin legítimo, lesiona el derecho al libre desarrollo de la persona de los cónyuges, quienes, en contra de su propia voluntad, deben seguir casados dos años para poder pretender su separación de cuerpos vía separación convencional.

Asimismo, resulta necesaria dicha derogación para seguir la línea del desarrollo jurisprudencial de otros países en los que impera el modelo de Estado Constitucional de Derecho, como es el caso de Costa Rica, México y Argentina.

### **IV. Análisis costo-beneficio**

De por sí, la derogación del requisito temporal contenido en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil no genera de forma directa algún beneficio o costo económico para el Estado o los cónyuges; sin embargo, si posee un gran impacto positivo en los derechos individuales de esto, así como de los que integran a la familia matrimonial.

En efecto, al no obligar a los cónyuges a seguir manteniendo incólume su vínculo matrimonial, se favorece la reducción de futuras discusiones y desavenencias, lo cual repercutirá favorablemente en la reducción de problemas intrafamiliares y por ende en la lesión del derecho a la integridad

integral de los menores de edad y de los demás familiares que se encuentran inmersos en la relación de los cónyuges que se separarán.

Por lo antedicho, la propuesta legislativa beneficia, en corto, mediano y largo plazo, a los cónyuges, a los hijos comunes de los esposos que se pretenden separar, a los familiares que se encuentran inmersos en la relación conyugal y a los que piensan en el futuro casarse.

Por otro lado, no se advierte que algún sector de la sociedad resulte perjudicada con la presente propuesta legislativa.

Asimismo, tampoco se producirá algún cambio normativo en otros dispositivos legales, toda vez que no se afectará a las demás causales para pretender el divorcio o la separación de cuerpos ni se lesionará el contenido de algún derecho constitucional.

#### **V. Efectos de la norma en la legislación vigente**

La iniciativa legislativa propuesta permitirá fortalecer a la familia, a la reducción de ambientes generadores de violencia familiar, a la vinculatoridad de los derechos constitucionales y a la libertad general de acción de los que pretenden separarse, así como el respeto a su dignidad humana, eliminando el requisito temporal que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil.

Por otro lado, al no colisionar con algún derecho constitucional, no requiere que se modifiquen otros dispositivos legales ni que se efectúe nuevas interpretaciones sobre los mismos.

## CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

1. La separación convencional es un divorcio relativo incausado, toda vez que los cónyuges no deben invocar una conducta infractora de algún deber conyugal para poder sustentarla y solo se puede lograr con ella la separación de cuerpos, tal como prescribe el artículo 349 del Código Civil, pudiendo lograrse la extinción del vínculo matrimonial a través del divorcio ulterior.
2. El libre desarrollo de la personalidad, a la luz de lo que establece la Carta Magna peruana y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, es un derecho fundamental a través del cual se tutela la libertad general de todo sujeto de derecho, el cual le permite tener parcelas de su vida libre de intervención estatal, pudiendo sufrir únicamente limitaciones proporcionales y sustentadas en otros derechos, principios o fines constitucionales.
3. El plazo de dos años de contraído el matrimonio que exige el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil para pretender la separación de cuerpos vía separación convencional lesiona al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, toda vez que obliga a los mismos a mantener incólume su vínculo matrimonial sin que exista un principio, fin o derecho constitucional que ampare su existencia. Por consiguiente, a fin de que no persista tal situación lesiva, el mencionado requisito temporal debe de ser derogado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo, Á. (2009). El divorcio en el derecho español. En Á. Acedo, & L. Pérez (Coord.), *El divorcio en el derecho iberoamericano* (págs. 337-419). Zaragoza: Editorial Zavalía; Editorial Temis; Editorial Ubijus; Editorial Reus S.A.
- Aguilar, B. (2013). *Derecho de familia*. Lima: Editora y distribuidora ediciones legales E.I.R.L.
- Aguilar, B. (2018). *Causales de separación y divorcio. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Alvites, E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Derecho PUCP*(80), 361-390.
- Azpiri, J. (2005). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Azpiri, J. (2005). *Juicios de divorcio vincular y separación personal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Belluscio, A. (2004). *Manual de derecho de familia* (Sétima ed., Tomo I). Buenos Aires: Astrea.
- Berrocal, A. (2013). La separación y el divorcio en España tras la reforma del Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de julio. La supresión de las causas. En M. Torres (Coord.), *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías* (págs. 389-413). Lima: Gaceta Jurídica.
- Borda, G. (s.f.). *Tratado de Derecho Civil. Familia* (Sétima ed., Tomo I). Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2016). *Manual de derecho de familia* (Sétima ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Cabello, C. (1988). *Cincuenta años de divorcio en el Perú* (Segunda ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Cabello, C. (2009). El divorcio en el derecho peruano. En Á. Acedo, & L. Pérez (Coord.), *El divorcio en el derecho iberoamericano* (págs. 525-550). Zaragoza: Editorial Zavalía; Editorial Temis; Editorial Ubijus; Editorial Reus S.A.
- Calisaya, Á. (2013). El divorcio en el Perú y España. En M. Torres (Ed.), *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías* (págs. 357-388). Lima: Gaceta Jurídica.
- Canales, C. (2016). *Matrimonio: invalidez, separación y divorcio*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley Nro. 28705, Expediente Nro. 00032-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 19 de Julio de 2011). Recuperado el 19 de Diciembre de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html>
- Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, Expediente Nro. 007-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 22 de Junio de 2007). Recuperado el 1 de Noviembre de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>
- Caso Defensor del Pueblo contra el artículo 337 del Código Civil, Expediente Nro. 018-96-I-TC. (Tribunal Constitucional del Perú 29 de Abril de 1997). Recuperado el 5 de Mayo de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00018-1996-AI.html>
- Caso Germán Humberto Rincón Perfetti, Expediente D-1978. Sentencia C-481/98 (Corte Constitucional de la República de Colombia 9 de Setiembre de 1998). Recuperado el 1 de Abril de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>
- Caso José Antonio Álvarez Rojas, Expediente Nro. 2868-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 24 de Noviembre de 2004). Recuperado el 1 de Noviembre de 2018, de <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/02868-2004-AA.html>

- Caso José María Ruiz Gallardón, STC 53/1985 (Tribunal Constitucional de España 11 de Abril de 1985). Recuperado el 12 de Abril de 2019, de <https://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433>
- Caso José Moisés Mora Gómez, Expediente T.23114. Sentencia T-097/94 (Corte Constitucional de la República de Colombia 7 de Marzo de 1994). Recuperado el 10 de Abril de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-097-94.htm>
- Caso Manuela Tejeda Sánchez, ATC 156/1987 (Tribunal Constitucional de España 11 de Febrero de 1987). Recuperado el 12 de Abril de 2019, de <https://tc.vlex.es/vid/-58128194>
- Caso Mariano Castillo Bolaños contra el artículo 48 inciso 7 del Código de Familia, Expediente Nro. 08-007528-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 14 de Agosto de 2008). Recuperado el 10 de Abril de 2019, de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto\\_cons/asu\\_informe\\_pgr.aspx?ContInforme=0&param1=AIP&nValor1=1&param5=08-007528-0007-CO&paramInf=1&strTipM=IP1](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_informe_pgr.aspx?ContInforme=0&param1=AIP&nValor1=1&param5=08-007528-0007-CO&paramInf=1&strTipM=IP1)
- Caso Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, Sentencia C-355/06 (Corte Constitucional de la República de Colombia 10 de Mayo de 2006). Recuperado el 1 de Abril de 2019, de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/5sentencia-c-355-06-aborto-colombia.pdf>.
- Caso Oscar José Dueñas, Expediente T-026. Sentencia T-222/92 (Corte Constitucional de la República de Colombia s.f. de s.f. de 1992). Recuperado el 30 de Marzo de 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-222-92.htm>
- Caso Teresa de Jesús Sandoval Santamaría, Expediente Nro. 3156. Sentencia T-542/9 (Corte Constitucional de la República de Colombia 25 de Setiembre de 1992). Recuperado el 8 de Abril de

2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-542-92.htm>

Caso Victoria Elva Contreras Siaden, Expediente Nro. 3901-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 28 de Setiembre de 2009). Recuperado el 11 de Noviembre de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03901-2007-AA.pdf>

Castillo, L. (2007). Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho. *Foro Jurídico: revista de derecho*(7), 27-40.

Chirinos, N. (2017). *Modificación del plazo para la separación convencional y divorcio ulterior* (Tesis de maestría). Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Cusco.

Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano* (Décima ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

De Ibarrola, A. (1993). *Derecho de Familia*. México D.F.: Editorial Porrúa S.A.

Del Moral, A. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, VI(2), 63-96.

Deverda, J. (enero de 2014). La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio. *Revista bolivariana de derecho*(17), 10-31.

Díaz, J. (2013). El divorcio convencional y la conciliación extrajudicial. En M. Torres (Ed.), *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías* (págs. 319-336). Lima: Gaceta Jurídica.

Diez-Picazo, L., & Gullón, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil* (Undécima ed., Vol. IV, Tomo I). Madrid: Tecnos.



- División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. (2019). *Guía total de procesos civiles de consulta rápida para el abogado litigante* (Tomo I). (M. Muro, Coord.) Lima: Gaceta Jurídica.
- Divorcio, s.d. (Tribunal de Familia Nro. 2 de La Plata 16 de julio de 2010).
- Duprat, C. (2014). s.d. En *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras, Directoras, Tomo I, págs. 309-411). Santa Fe: Rubinzal-Calzoni.
- Fernández, M. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferro, M. (2015). *Práctica de derecho de familia: modelos conforme el código civil y comercial* (Segunda ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Jurídicas.
- Gallegos, Y., & Jara, R. (2014). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Jurista Editores.
- Gascón, M., & García, A. (2016). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (Tercera ed.). (P. Grández, Ed.) Lima: Palestra Editores.
- Herrera, M. (2009). El divorcio en el derecho argentino. En Á. Acedo, & L. Pérez (Coord.), *El divorcio en el derecho iberoamericano* (págs. 27-100). Zaragoza: Editorial Zavalía; Editorial Temis; Editorial UBIJUS; Editorial Reus S.A.
- Lacruz, J., Sancho, F., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F., & Rams, J. (2005). *Elementos de Derecho Civil. Familia* (Segunda ed., Vol. IV). Madrid: Editorial Dykinson.
- Landa, C. (2013). La constitucionalizado del derecho peruano. *Derecho PUCP(71)*, 13-36.

- Lathrop, F. (2017). Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno. *Estudios Constitucionales* (1), 329-372.
- Llano, F. (2013). El derecho al desarrollo en el sistema de Derechos Humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado. *AFD*, 367-395.
- M.M.G., s.d. (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 2 de Mar del Plata 3 de Setiembre de 2008).
- Mella, A. (2013). El trámite del procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior en nuestro país. Un mecanismo eficaz de protección familiar. En M. Torres (Coord.), *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías* (págs. 305-318). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Méndez, M., & D'Antonio, D. (s.f.). *Derecho de Familia* (Tomo II). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Ontiveros, M. (2006). El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del estado constitucional). *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*(15), 147-156. Recuperado el 23 de Marzo de 2019, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28281510>
- Peralta, J. (2008). *Derecho de familia en el Código Civil* (Cuarta ed.). Lima: Idemsa.
- Pérez, G. (2018). La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Familia en México: principales criterios jurisprudenciales. *Revista Boliviana de Derecho*(25), 144-173. Recuperado el 22 de Enero de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6263397>
- Plácido, A. (2002). *Divorcio. Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio. Cuestiones sustantivas y aspectos procesales de la Ley 27495*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Plácido, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia* (Segunda ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2008). *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*(71), 77-108.
- Plácido, A. (2014). El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: el matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse. *Thēmis-Revista de Derecho*, LXVI, 107-132.
- Prieto, L. (2000). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 429-468.
- Prieto, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 85-123). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Prieto, L. (2013). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores.
- Rocha, M. (2016). *El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia*. Valencia: Instituto de Derecho Iberoamericano.
- Rojas-Castillo, Z., & Acevedo-Suárez, A. (2015). El alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad en manuales de convivencia de establecimientos educativos. *Dixi*, XVII(21), 67-78. Recuperado el 1 de Marzo de 2019, de <https://doi.org/10.16925/di.v17i21.980>
- Romero, J. (2017). *El plazo de la interposición de una demanda de separación convencional y/o divorcio ulterior y su repercusión sobre los derechos patrimoniales en un régimen de sociedad de*

*gananciales en el Perú* (Tesis de pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo.

s.d., Amparo Directo 32/2017 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México 28 de Febrero de 2018). Recuperado el 13 de Mayo de 2019, de <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=221436>

Sambrizzi, E. (2004). *Separación Personal y Divorcio* (Segunda ed., Vol. I). Buenos Aires: La Ley.

Santana, E. (2014). Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*(29), 99-113. Recuperado el 10 de Abril de 2019, de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/3245>

Sosa, J. (2009). Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. En L. Sáñez, E. Pestana, R. Rodríguez, J. Sosa, L. Huerta, O. Díaz, . . . C. Kuo, *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional* (págs. 97-147). Lima: Gaceta Jurídica.

Sosa, J. (2013). Derecho al libre desarrollo y al bienestar. En W. Gutiérrez (Director), *La Constitución comentada* (págs. 71-87). Lima: Gaceta Jurídica.

Sub Gerencia de Estadística del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. (s.f. de s.f. de 2018). *RENIEC*. Obtenido de RENIEC: <https://portales.reniec.gob.pe/web/estadistica/regCiviles#>

Varsi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables* (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.

Villalobos, Kevin (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad* (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica, San Ramón.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Décima ed.). Madrid: Editorial Trotta S.A.

Zannoni, E. (2002). *Derecho de familia* (Cuarta ed., Tomo II). Buenos Aires: Editorial Astrea.