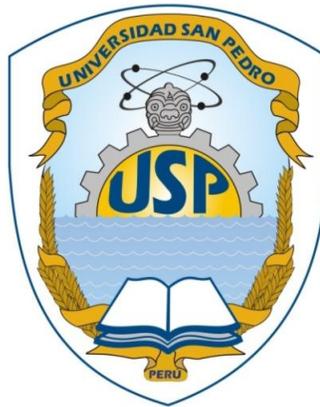


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



La separación convencional y el divorcio ulterior

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

Autor:

Tasso Rios, Lino Termillio

Asesor:

Miranda Chauca, Teresa Luperfina

HUACHO – PERU

2018

PALABRAS CLAVES

Palabras Claves:

Tema	La separación, el divorcio
Especialidad	Derecho

Text	Separation, divorce
Specialty	Law

Keywords:

Línea de Investigación: Derecho

DEDICATORIA

*Dedicado a mis familiares, que siempre me brindaron el apoyo incondicional y los docentes que me brindaron los conocimientos adquiridos.
¡Gracias a todos ellos...!*

AGRADECIMIENTO

A mi asesor por brindarme su tiempo y dedicación para culminar con éxito la investigación. Asimismo, mi agradecimiento a las autoridades de la Escuela de Derecho de la Universidad San Pedro.

INDICE

PALABRAS CLAVES.....	i
DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
INDICE.....	iii
RESUMEN.....	1
DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	2
1. MARCO TEORICO.....	7
1.1. Etimología de Separación Convencional.....	7
1.2. Etimología de Divorcio Ulterior.....	7
1.3. EL MATRIMONIO.....	8
1.3.1. Definición.....	8
1.3.2. Características jurídicas.....	8
1.3.3. Deberes del matrimonio.....	10
1.3.4. Fines del matrimonio.....	13
1.3.5. Regulación en el ordenamiento jurídico peruano.....	14
1.4. EL DIVORCIO.....	16
1.4.1. Definición.....	16
1.4.2. Causales de divorcio.....	17
1.4.3. Clases.....	18
1.4.4. Regulación en el ordenamiento jurídico peruano.....	19
1.4.5. Aspectos generales del divorcio en la normatividad procesal.....	22
1.4.6. La separación de cuerpos.....	24
1.4.7. La separación convencional y el divorcio ulterior.....	27
1.4.8. Separación de cuerpos y separación convencional.....	29
1.4.9. Tratamiento jurídico de la separación convencional y divorcio ulterior.....	31
1.4.10. Divorcio en sede municipal y sede notarial.....	38
1.4.11. Proceso judicial de separación de hecho y divorcio ulterior en el Perú.....	39
1.4.12. Régimen de acreditación a las Municipalidades para que puedan conocer del Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior.....	41
1.4.13. Competencia.....	47
2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA.....	52

2.1.	EL DERECHO COMPARADO	52
2.1.1.	En Argentina.....	52
2.1.2.	En Bolivia	52
2.1.3.	En Chile.....	52
2.1.4.	En México	53
	CONCLUSIONES.....	55
	RECOMENDACIONES.....	56
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	57

RESUMEN

El proceso de divorcio es un acto por el cual ambos cónyuges terminan o pone fin a la institución del matrimonio, a largo de la historia la familia ha sido y es considerada la base de la sociedad es así que el estado busca la realización y protección de esta institución, sin embargo, existen causales de divorcio por el cual un cónyuge se ve más afectado, ya sea por adulterio, injuria u otras señaladas en la norma.

El legislador ha tomado en cuenta estas causales y ha optado por insertar una causal la cual es la separación convencional, que se trata del mutuo acuerdo de los cónyuges para poner fin a la unión que se dio con el matrimonio, finalizando el procedimiento con el divorcio ulterior el cual disolverá la institución de matrimonio, además para la existencia o el procedimiento de esta causal, se requiere de ciertos requisitos y el convenio o acuerdo de ambas partes para la disolución y la situación económica que resultara de esta, ya sea por la sociedad de gananciales, o el patrimonio, también se entenderá los alimentos y la tenencia de los hijos siempre y cuando cumpla con los requisitos de forma, la cual la establecerá la normas que la contempla.

Es así que este procedimiento es un proceso más breve el cual disolverá el matrimonia y se podrá tramitar en sede judicial, notarial y ante las municipalidades, todo esto de acuerdo a lo normado por la Ley de lo regula.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Que, a nivel internacional; Uribe, G. (2013), Podemos decir que el divorcio es una figura jurídica que surgió y se reguló como tal en nuestro país desde 1917, en un ordenamiento legal denominado Ley sobre relaciones familiares emitida por Venustiano Carranza, en la cual en su artículo 75 establecía al divorcio como una manera definitiva de disolver el vínculo matrimonial y la posibilidad de contraer nuevas nupcias, estableciendo un total de doce causales generadoras de la disolución del vínculo matrimonial, las cuales son semejantes a las que recoge el Código Civil vigente en el Estado.

De lo enunciado nos podemos percatar que estamos hablando casi de un siglo transcurrido del surgimiento del divorcio “con causales” en nuestro país, sin embargo, a pesar de que han pasado 95 años desde que apareció dicha figura jurídica, la misma hoy en día es casi igual a la del pasado, en tal virtud es urgente que hoy en día los legisladores traten de una manera diversa al divorcio, atendiendo a la evolución y a las necesidades que ha sufrido la sociedad y una forma de llevarlo a cabo sería abrogando las causales que surgieron desde antaño.

Que a nivel nacional; Díaz, K. (2013). La dilación en los procesos de Divorcio por causal analizados, se debió a que se incurrió en nulidad en la tramitación de los mismos; lo cual trajo como consecuencia que dichos procesos terminaran en un promedio de 7 años, cuando en circunstancias normales, éstos podrían haber culminado en 2 años aproximadamente.

Es innegable que la carga procesal excesiva es uno de los factores por los que un proceso cualquiera se resuelve con mucha dilación; ello hasta cierto

punto es aceptable, por cuanto no se puede exigir a los Jueces ni a los auxiliares jurisdiccionales, que tramiten con mayor rapidez los procesos cuando la carga procesal que tienen es inmanejable y por más esfuerzos denodados que realicen, sencillamente no lo pueden evitar; además, el tener más o menos carga no depende de ellos, sino de los litigios existentes; correspondiendo a las altas autoridades del Poder Judicial, reorientarla o dotar de mayor personal a aquellos órganos jurisdiccionales donde lo requieran.

Lo que sí depende de ellos, es evitar incurrir en nulidades procesales que vician el proceso, sobre todo del Juez, ya que conforme a lo previsto en el artículo 50 del Código Procesal Civil, es el Director del Proceso y además debe velar por su rápida solución; lo que implica que es él, el encargado de verificar que todos los actos procesales realizados al interior del proceso se hayan realizados conforme a Ley; lo que puede hacer cada vez que el secretario de la causa le dé cuenta de algún requerimiento efectuado por las partes y al firmar cualquier decreto y/o resolución; ello ahorraría el tiempo que se pierde cuando se incurre en una nulidad insubsanable, la cual debe declararse en aras de garantizar el debido proceso.

Para evitar incurrir en nulidades procesales, las Cortes Superiores de Justicia deberían promover mayores programas de capacitación para sus integrantes, y además, cada Juez o Secretario Judicial también debería tomar conciencia de los puntos en los que debe capacitarse para mejorar su desempeño funcional.

Con el fin de no incurrir en nulidades procesales, los procesos deben tramitarse con el mayor cuidado posible; es decir, cada acto procesal por más sencillo que sea, que puede ser desde una notificación, hasta calificación de

demandas, proveídos de escritos, sentencias, entre otros deben realizarse en forma adecuada desde el principio y seguir una secuencia en ese sentido.

Que a nivel local; Armas (2010), La indemnización comentada, a pesar de lo que piensa una parte de la doctrina nacional, no es un tipo de responsabilidad civil, sino tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata específicamente de una obligación legal indemnizatoria impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, la “inestabilidad” o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho y así evitar el empeoramiento del cónyuge más perjudicado.

Que, dada su trascendencia e importancia de la Familia dentro de nuestra sociedad, ésta es protegida por nuestra Constitución Política siendo el Estado defensor de la misma y promueve su existencia, por lo que tanto las pretensiones de divorcio, separación convencional y divorcio ulterior únicamente se tramitaban ante el Órgano Jurisdiccional, siendo competente el Juez de Familia.

En nuestro sistema normativo se ha regulado el proceso divorcio como respuesta legal a la crisis matrimonial desde dos perspectivas: sancionadora y de remedio, siendo que en la primera el divorcio se otorga previa acreditación judicial en un proceso de conocimiento de las situaciones fácticas que implican la culpabilidad de alguno de los cónyuges y desde la segunda perspectiva de remedio, donde éste se produce por la constatación judicial en un proceso sumarísimo del fracaso de la convivencia conyugal, y la voluntad de ambos cónyuges de poner fin al vínculo matrimonial.

En la actualidad un Proceso Judicial de Separación Convencional, es tramitado como proceso sumarísimo conforme a las reglas establecidas en los

artículos 573 a 580 del Código Procesal Civil, que implica únicamente la calificación judicial de los requisitos de la demanda –básicamente la propuesta de convenio- y el posterior traslado al Ministerio Público en los casos en los que hay hijos menores de edad y la realización de una audiencia, después de la cual si es que los cónyuges no revocan su decisión dentro de los treinta días naturales posteriores a su realización, se encuentran expedidos los autos para la emisión de la sentencia de separación convencional a partir de cuya notificación, cualquiera de los cónyuges luego de transcurridos dos meses puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

El Ministerio Público al actuar como parte en este tipo de procesos (en el supuesto que existiesen hijos menores), tiene que contestar la demanda, siendo que se debe tener en cuenta, que en ésta demanda, se adjunta una Propuesta de Convenio referido a los regímenes establecidos en el artículo 575° del Código Procesal Civil, donde el Juez de Familia tiene incidencia pues puede aprobar o no la propuesta de convenio dentro de un marco legal, para que puedan ser ejecutados en su oportunidad. En ese extremo Plácido indica que “El Juez debe examinar si las condiciones estipuladas por los cónyuges son aceptables desde el punto de vista del interés familiar, especialmente respecto de los hijos menores. Debe poder rechazar el convenio y negar su homologación si esas condiciones no son aceptables, para que los cónyuges presenten otras distintas a la vista de sus observaciones”.

El trámite notarial y municipal conforme a la Ley N° 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y las Notarías.

En un proceso de separación convencional tramitado a nivel judicial, conforme lo dispone el artículo 579° del Código Procesal Civil, el juez tiene la

posibilidad de aprobar o desaprobar el convenio propuesto, cuando no se asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces y es donde el Ministerio Público tiene una actuación determinante al ser el defensor de los intereses de la sociedad en ésta caso de la familia y de los hijos menores.

En cambio, en el procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y las Notarías, esta posibilidad de no acoger el convenio no existe, en primer lugar porque ya no hay convenio, pues ya está resuelto. El Régimen Patrimonial no debe ser liquidado ni debe regularse el régimen de la patria potestad pues su contenido concreto: tenencia, régimen de visitas y alimentos debe encontrarse previamente regulado sea mediante sentencia firme o acta de conciliación extrajudicial.

1. MARCO TEORICO

1.1. ETIMOLOGÍA DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL

La palabra "separación" viene del latín *separatio*, y significa acción y efecto de poner una distancia entre dos cosas. Sus componentes léxicos son: se - (antiguo prefijo que indica separación), parare (parar), más el sufijo - cion (acción y efecto).

<http://etimologias.dechile.net/?separacio.n>

La palabra convencional viene del latín *conventionalis* y significa relativo a una reunión de personas, un convenio, un pacto, o costumbre. Sus componentes léxicos son: el prefijo con - (junto, globalmente), venire (venir), tio (-cion, sufijo que indica acción y efecto) más el sufijo - al (relativo a).

<http://etimologias.dechile.net/?separacio.n>

1.2. ETIMOLOGÍA DE DIVORCIO ULTERIOR

La palabra divorcio viene del latín *divortium*, provista del prefijo di - / dis - (separación o divergencia en diferentes sentidos), y a la raíz del verbo *verto* (volver, dar vuelta girar o hacer girar) Primitivamente indicaba una separación, por ejemplo, de las tierras separadas por un brazo de mar, en que cada orilla se dirigía a un lado absolutamente opuesto y separado del enfrentado. Pero con el tiempo designo a una institución jurídica creada en Roma, mediante la cual, tanto el marido como la mujer podían solicitar la disolución legal de un matrimonio por distintas causas, en que el derecho al

final reconoce incluso el cese del *affectio coniugalis* o *maritalis* (es decir, que se ha roto o ha terminado del todo el afecto, amor y respeto entre los esposos). Significaba así la acción de dos que vuelven la espalda el uno al otro, y cada uno toma su camino.

<http://etimologias.dechile.net/?divorcio>

La palabra *ulterior* viene del latín *ulterio* y significa que está más allá. Sus componentes léxicos son: *alius* (otro), - *ter* (sufijo contrastivo), más el sufijo - *ior* (mas que).

<http://etimologias.dechile.net/?divorcio>

1.3. EL MATRIMONIO

1.3.1. Definición

El Código Civil Peruano en el artículo 234° define al matrimonio como “la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común”, esta definición según Placido (2002), expresa que puede entenderse en el ámbito jurídico por matrimonio aquel acto jurídico solemne que se produce por dos personas en pleno uso de sus facultades, con la finalidad de hacer vida en común.

1.3.2. Características jurídicas

En relación a las características de las cuales se puede distinguir del matrimonio, tenemos a Quispe D. (2001), quien señala los siguientes:

- **Carácter monógamo y heterosexual del matrimonio**, con esto se excluye la idea de una relación homosexual, sin embargo, este es un tema que actualmente se encuentra en debate en el Perú.
- Por otro lado, en otros países ya se está ampliando el reconocimiento frente a los reclamos de estos grupos homosexuales, en este ámbito postmoderno se ubica el tema del matrimonio homosexual, que de ser factible calificaría como una superación de prejuicios, y ello mejoraría aún más si se permitiera la reproducción.
- Quispe, D. (2001) al interior del matrimonio homosexual mediante la técnica de la reproducción asistida. Sin embargo, de ello se derivaría el dilema de la exigibilidad para el uso lícito de las técnicas de reproducción asistida de la previa constitución de la familia estable.
- **Solemnidad, Ritualidad o Publicidad de la Unión Concertada**; La libre voluntad de los cónyuges para contraer matrimonio, es uno de los elementos esenciales para que dicho acto sea válido, a ello se suman otros requisitos que establece el artículo 140° del Código Civil, entre los que tenemos: agente capaz, fin lícito, objeto física y jurídicamente posible y la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- Para describir la estructura del acto jurídico nos debemos remitir al principio de autonomía privada, que establece

como estructura del acto jurídico en base a dos elementos constitutivos: la voluntad interna y su exteriorización, entiéndase su forma. De ello se entiende que para todo acto jurídico hay una forma, la misma que variará de acuerdo a cada caso especial que ha sido previsto por el legislador, y que se considera como requisito de validez para la celebración de actos jurídicos específicos.

- **Comunidad de Vida de sus Miembros;** Este punto hace referencia a la estabilidad de la vida en común, que inicia un varón y una mujer de manera voluntaria y libre. Por su parte el catolicismo idealiza la comunidad de vida de sus miembros como indisoluble, que puede ser concebida como el hecho de vivir juntos, bajo un mismo techo y tener actividad sexual conjunta; es decir circunscribiéndose el concepto a uno de los tres deberes personales de los cónyuges entre sí. Ahora, la comunidad de vida puede entenderse como un deber nacido del matrimonio, entiéndase como el deber de cohabitación; también como uno de los fines del matrimonio, esto es una relación estable, que no necesariamente debe ser perpetua e indisoluble, que extiende solo a los cónyuges entre sí, y a su relación reproductiva y procreadora social; asimismo se puede concebir como una comunidad plena de vida, que se reserva a la unión social del matrimonio.

1.3.3. Deberes del matrimonio

Nuestro Código Civil regula los deberes y derechos que nacen del matrimonio, del artículo 287° al 294°.

Cuando el Código Civil Peruano trata de las relaciones personales entre cónyuges, no se puede dejar de mencionar que ambos en la actualidad, tienen los mismos derechos y obligaciones, pues resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución que señala: Toda persona tiene derecho "a la igualdad ante la ley" y también lo preceptuado por el artículo 4° del mismo Código Civil, según el cual "el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles".

Los deberes recíprocos entre los cónyuges son tres: deber de fidelidad, deber de cohabitación y deber de asistencia.

a) Deber de fidelidad

En nuestro país se adopta el sistema matrimonial monogámico, en el que el deber de fidelidad es el primero que tienen los cónyuges: exclusividad carnal del marido y mujer. Por esa razón, el adulterio, está prohibido tanto para el hombre como para la mujer.

Sin embargo, el deber de fidelidad no solamente se contrapone al adulterio, sino que también alcanza a toda clase de conducta que, si bien no culmina en el acto sexual con tercera persona, igualmente representa un comportamiento desleal para con el cónyuge al tratarse de relaciones afectivas de carácter sexual, prohibidas por el derecho.

b) Deber de cohabitación

Además del deber de fidelidad, que garantiza una plena comunidad de vida conyugal, es indispensable, a efecto de que se puedan cumplir los fines del matrimonio (procreación, cuidado y educación de los hijos, y la armonía de la pareja), la cohabitación o vida en común de los cónyuges.

Según Herrera Navarro (2005), sostiene que el deber de hacer vida en común entre marido y mujer implica vivir bajo un mismo techo, denominado domicilio conyugal, compartiendo la “cama”, correspondiéndose los afectos, es decir comprende el amor conyugal recíproco, la sexualidad, la fecundidad, la convivencia conyugal, familiar y otros aspectos de la relación”.

c) Deber de asistencia

Consiste en prestarse mutua ayuda económica y espiritual, asistirse en las dolencias, sufrir y aceptar las situaciones derivadas de la pobreza o enfermedades; es decir compartir las alegrías y tristezas.

Nuestro Código Civil Peruano, se refiere al aspecto económico o patrimonial de este deber recíproco en el Art. 290° que señala que ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar, y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

El Art. 291° precisa que, si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, es obligación del otro el sostenimiento de la familia, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que se deben en uno y otro campo.

La unión matrimonial implica una comunidad de vida material y espiritual entre marido y la mujer. El hecho de la cohabitación no es sino una manera por la cual se busca cumplir dicha comunidad. Se trata aquí de una total integración entre los cónyuges, afectiva; si, pero no solamente de carácter sexual, sino que abarca otros planos y sentimientos.

Este deber de cohabitación implica no sólo el vivir bajo un mismo techo, sino que tanto el marido como la mujer cumplan con sus obligaciones conyugales.

1.3.4. Fines del matrimonio

Según Fernández Clérigo citado por Jara & Gallegas (2014) que el matrimonio, se dirige a tres fines sustanciales: procreación y perfección de la especie, mutuo auxilio y mejor cumplimiento de los fines de la vida.

En cuanto a los fines que se aspira (son en principio, la aspiración objetiva del matrimonio como figura abstracta, y normalmente la aspiración subjetiva de los que se casan) a llenar con la plena comunidad de vida que el movimiento instaura entre los casados, son los de ayudarse y

complementarse espiritual y corporalmente, y posiblemente tener hijos y educarlos.

Entonces los fines del matrimonio en principio son la satisfacción de necesidades espirituales que el hombre por su naturaleza es un ser social, busca sentimientos de amor, respeto y afecto mutuo.

1.3.5. Regulación en el ordenamiento jurídico peruano

La institución del matrimonio está regulada por nuestro Código Civil, básicamente, dentro de la Sección Primera y Segunda (Disposiciones Generales y Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia).

Requisitos:

a) Requisitos de Fondo

De las cuales se consideran tres:

- Diferencia de sexo.
- Edad mínima.
- Libre consentimiento.

Sobre el primer requisito, este es una exigencia del mismo código, al establecer que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, este requisito es válido por cuanto se establece expresamente la finalidad de procreación, la que sólo es factible entre un varón y una mujer.

En cuanto al segundo requisito, es decir el referido a la edad mínima, se considera que, si uno de los fines del matrimonio es la procreación, es fundamental para contraerlo el poseer la capacidad genética. Asimismo, teniendo en cuenta que esta no tiene límite cronológico fijo para todos, con el fin de evitar comprobaciones impracticables, las leyes establecen las edades en las cuales se puede contraer matrimonio.

b) Requisitos de Forma:

Estos requisitos podemos dividirlos en tres grupos:

- Los que preceden al matrimonio.
- Los que se dan en la celebración misma.
- Los que se dan con posterioridad a la celebración.

Dentro de los primeros tenemos las formalidades preparatorias; es decir, cuando los contrayentes han cumplido con formar el expediente tal como señala el Código Civil, es en ese momento que se dice que están aptos para la celebración de la ceremonia.

Dentro del segundo grupo, encontramos como requisitos la intervención del funcionario competente, que estén presentes los testigos solicitados por la ley, y cumplir con las formalidades del acto mismo.

Dentro del tercer grupo, encontramos los actos relacionados con la protocolización, como el acta respectiva, que tendrá que asentarse y extendiéndose por

duplicado, así como la repetición de las fórmulas respectivas tanto verbales como escritas.

1.4. EL DIVORCIO

1.4.1. Definición

Se puede entender que el divorcio, es la disolución o el fin del vínculo matrimonial, que se dará a solicitud de uno o ambos cónyuges, cuando se den las causas previstas por ley.

Según Varsi (2004) establece que nuestro ordenamiento jurídico tomo una disolución directa y otra indirecta la primera tiene como origen una causal, mientras que la segunda tiene como punto de partida la separación de cuerpos.

Por otro lado, Jara & Gallegos (2004), indica que es necesario resaltar que el divorcio no es un estado general, sino que es una excepción que se plantea a modo de remedio frente a causas que hacen imposible la vigencia del vínculo matrimonial, de forma que trae consigo la ruptura del mismo y la separación definitiva.

Nuestra legislación permite que el divorcio pueda solicitarse por uno o ambos cónyuges; es decir, que cualquiera de ellos puede pedirlo a la autoridad judicial competente, manifestando su voluntad de no querer continuar con el

matrimonio, sin embargo, para que este trámite sea válido es necesario observar los requisitos establecidos en el Código Civil para que se lleve a cabo un proceso adecuado. Entonces es así que el divorcio implica el final de un vínculo jurídico, afectivo, económico y social; ahora todos estos aspectos deben revisarse y replantearse luego de la separación. A esto se agrega el estado psicológico de los cónyuges, sentimientos de impotencia y fracaso que implica el divorcio como proyecto personal, todo lo cual repercutirá en el proceso legal y son aspecto que la autoridad que lo tramite (mediante el principio de inmediatez) deberá observar para resolver el caso de autos.

Al respecto debemos señalar que a lo largo de la historia se ha obtenido dos tesis acerca del divorcio, las cuales distintos juristas han desarrollado y han tratado de optar para el desenvolvimiento y la practica dentro de las legislaciones para hondar más en el tema explicaremos cada una de las tesis en relación al divorcio.

1.4.2. Causales de divorcio

UMPIRE (2006), señala que el código civil nos brinda trece causales de divorcio, entre las que se puede diferenciar causas subjetivas y causas objetivas, entiéndase por las primeras a aquellas que se originan por dolo o culpa contra el otro cónyuge; y por otro lado a las segundas aquellas que no se deben a culpa por uno de los cónyuges. Es así que se distingue en el grupo de las causales las subjetivas tales como:

- a) Adulterio,
- b) Violencia física o psicológica,
- c) Atentado contra la vida del cónyuge,
- d) Injuria grave,
- e) Abandono injustificado de la casa conyugal,
- f) Conducta deshonrosa,
- g) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía,
- h) Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio,
- i) La homosexualidad
- j) la condena por delito doloso; y a su vez en el grupo de las causales objetivas encontramos supuestos como:
 - imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probado en proceso judicial,
 - la separación de hecho de uno de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años o de cuatro en el caso de que los cónyuges tuviesen hijos menores de edad,
 - la separación convencional, después de transcurridos dos años de celebración del matrimonio.

1.4.3. Clases

➤ **Divorcio Absoluto:**

Es conocido también como divorcio vincular, y consiste en la disolución total, definitiva y perpetua del nexo conyugal.

La mayoría de países del mundo reconocen y permiten en sus legislaciones este tipo de divorcio, en cambio hay otros que se limitan únicamente a la separación de cuerpos y hay un tercer grupo que admite las dos formas, entre ellos el Perú.

➤ **Divorcio Relativo:**

MALQUI (2001)...“Es conocido como separación de cuerpos y, en palabras de consiste en una relajación del vínculo conyugal, en virtud de la cual los esposos se separan del lecho y la habitación, cesan los deberes matrimoniales, pero el vínculo legal subsiste y los esposos no pueden volver a casarse.”

1.4.4. Regulación en el ordenamiento jurídico peruano.

En nuestra legislación el divorcio se encuentra regulado por nuestro Código Civil, específicamente en el Capítulo Segundo (Divorcio), Título IV (Decaimiento y disolución del vínculo), Sección Segunda (Sociedad Conyugal) del Libro Tercero (Derecho de Familia), y el artículo 348° establece el principal efecto del divorcio: disuelve el vínculo del matrimonio.

Entre los otros efectos que genera dicha disolución (señalados básicamente por el artículo 350° del Código Civil), podemos señalar:

Como primera consecuencia de tipo personal es la relativa a los hijos, pues estos quedarán bajo la custodia del cónyuge que se determine en el convenio de divorcio, y en caso no existir acuerdo entre las partes, de quien decida el Juez o la Sala Superior, si existe culpabilidad de algún cónyuge, normalmente se concederá la custodia al que resulte inocente, salvo que concurran circunstancias excepcionales, quien se haga cargo de la custodia de los hijos ostentará también el ejercicio de la patria potestad de manera exclusiva y estará encargado de la administración de sus bienes. En este punto debemos anotar que vía jurisprudencia se está procurando una solución mucho más equitativa en cuanto al ejercicio de la patria potestad, pues se determina la tenencia como una de las prerrogativas de este derecho a favor del cónyuge inocente, y un régimen de visitas para el otro progenitor, pues si bien el vínculo se disuelve, no deben afectarse las relaciones paterno-filiales, ya que ello constituye un derecho de los hijos, el mantener un vínculo parental adecuado, dentro de circunstancias razonables y de seguridad, para evitar un trauma mayor cuando son menores de edad.

Los efectos económicos se centran en la liquidación del patrimonio matrimonial y la adjudicación de los bienes al cónyuge que corresponda, el considerado culpable estará en ocasiones, obligado a indemnizar económicamente al otro por los daños y perjuicios causados, y a pasarle periódicamente una pensión alimenticia, esto último también sucederá, aunque no exista parte culpable, siempre que la

extinción del vínculo matrimonial haga quedar a uno de los cónyuges en situación económica desfavorable.

También debe hacerse mención de los efectos frente a terceros respecto de la declaración judicial de divorcio, pues ellos normalmente no existirán hasta la inscripción de aquélla en el registro correspondiente, pero en relación a los cónyuges, los efectos se suelen retrotraer al momento de la presentación de la solicitud de divorcio.

En cuanto a las causales, estas se encuentran reguladas por el artículo 333° del mismo texto legal, estas son:

- El adulterio
- La violencia física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias del atentado contra la mujer.
- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común;
- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo;
- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común;
- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347°;
- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio;
- La homosexualidad sobreviviente al matrimonio;
- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la

celebración del matrimonio;

- La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; o
- La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, en estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°.

1.4.5. Aspectos generales del divorcio en la normatividad procesal

El Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo No. 768, vigente desde el 28 de julio de 1993, establece en el capítulo pertinente las reglas procesales a las que deben sujetarse los procesos de divorcio, acotando varias innovaciones en relación a los textos jurídicos precedentes.

Diferencia los procesos de separación de cuerpos convencional y divorcio ulterior, de los de separación de cuerpos y divorcio por causal. Los primeros se tramitan en la vía sumarísima mientras que los otros están sujetos a los trámites del proceso de conocimiento (art. 546 inc. 2, art. 480 y sgtes. del C.P.C.).

Se determina, además, un conjunto de reglas de obligatorio cumplimiento y otras de carácter facultativo para el juez y las partes, en el afán de garantizar el derecho de los cónyuges y en especial proteger el de los hijos menores de edad.

La participación del Ministerio Público como parte en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio, enfatizados en que como tal no emiten dictamen, en las demandas de separación convencional se exige como requisito esencial que se anexe especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales conforme inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada este inventario valorizado sólo requerirá la firma legalizada de los cónyuges.

Los acuerdos del convenio anexado a la demanda tienen eficacia jurídica desde que se expida el auto admisorio. La exigencia de que concurran personalmente los cónyuges a la diligencia de comparendo dispuesta por el derogado Decreto Legislativo 310, se ha modificado permitiendo que en las actuaciones judiciales las partes puedan participar a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso la posibilidad de los cónyuges de revocar su consentimiento durante los treinta días naturales posteriores a la diligencia de Audiencia Única, no se admite revocación parcial ni condicionada.

La acumulación originaria de pretensiones por la que debe acumularse a la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad,

separación de bienes gananciales y otras relativas a derechos y obligaciones de los cónyuges, de éstos con sus hijos, o de la sociedad conyugal, que directamente deban ser afectados como consecuencia de la pretensión principal.

Medidas cautelares procedentes después de interpuesta la demanda por causal:

- Separación provisional de los cónyuges.
- Alimentos.
- Tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisional.
- Administración y conservación de los bienes comunes.

La posibilidad de los cónyuges de convertir en cualquier estado de la causa, la demanda de divorcio en una de separación de cuerpos esta facultad otorgada a los jueces de declarar sólo la separación de cuerpos aunque haya sido demandado o reconvenido el divorcio, la sentencia deberá asegurar adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los hijos menores de edad o incapaces, necesidad de que las resoluciones que declaren el divorcio, que no hayan sido apeladas se eleven en consulta al Tribunal Superior, procedencia del Recurso de Casación en estos juicios.

1.4.6. La separación de cuerpos

Según LOPEZ (2005) señala que la separación de cuerpos puede entenderse como la ruptura que se da en la

convivencia de los cónyuges, que puede ser regulada convencional o judicialmente, es decir que mediante ella se terminan los deberes matrimoniales, entre ellos el deber de cohabitación en forma permanente, sin embargo, los efectos jurídicos del matrimonio continúan vigentes, de ello se deduce que la separación de cuerpos no afecta directamente al vínculo matrimonial en los términos de la ley.

En el Código Civil de 1852 se estableció con respecto al divorcio que, éste ponía término a los deberes conyugales del lecho y habitación y a la sociedad legal de bienes; dejando subsistente el vínculo matrimonial, que impedía que los separados contrajeran nuevas nupcias, también debe tenerse en cuenta que el mismo cuerpo normativo no contempló el supuesto de la indemnización del daño por el incumplimiento de los deberes conyugales, ya que en esa época se entendió al divorcio según como el remedio de un mal.

Por su parte el Código Civil de 1936 reconoció el divorcio absoluto y también se reguló la posibilidad de contraer nuevas nupcias; asimismo reconoció la causal de separación de cuerpos (divorcio relativo) por mutuo disenso, sin embargo, para que sea posible debía transcurrir como mínimo dos años de la celebración del matrimonio. También en este cuerpo normativo se introdujo la reparación del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales en agravio del cónyuge inocente; castigándose al

cónyuge culpable con la declaración de divorcio e indemnización civil.

Asimismo, el Código Civil de 1984 reprodujo las causales de divorcio como en lo referido a la responsabilidad por daño moral ocasionado al cónyuge inocente de manera exacta lo establecido en el régimen anterior. Actualmente el Código Civil regula dos sistemas de divorcio el primero es de naturaleza subjetiva, que se sustenta en la búsqueda de un cónyuge culpable de la ruptura, sobre quien recaerá la carga de la responsabilidad civil por el daño moral ocasionado al cónyuge víctima; y segundo, otro de naturaleza objetiva, mediante el cual la investigación tiene como principal propósito acreditar la ruptura del vínculo matrimonial como hecho en sí y la responsabilidad civil por todos los daños ocasionados. La separación de cuerpos se introdujo a la legislación peruana con la publicación de la Ley N° 27495, la misma que la reguló como uno de los supuestos del divorcio. Ahora este nuevo modelo de divorcio-remedio tiene sustento en el incumplimiento del deber conyugal de hacer vida en común y la ruptura de la comunidad matrimonial por la separación existente entre los cónyuges por más de dos años (si no tienen hijos menores de edad) o cuatro años (si tienen hijos menores de edad). También se introdujo la indemnización integral del daño conyugal, pregonando que al cónyuge que resulte perjudicado con la separación, se le concederá una indemnización a su favor; no sólo por los daños morales, sino que comprende todo tipo de daño, incluso los daños personales y materiales.

1.4.7. La separación convencional y el divorcio ulterior

El matrimonio es la institución por el cual un varón y una mujer se unen con la finalidad de procrear una familia, pero llega el punto en el cual este matrimonio se ve deteriorado a tal punto que ambos cónyuges consideran que ya no es posible que la unión del matrimonio siga manteniéndose, en tal caso se podría recurrir al divorcio de mutuo acuerdo, divorcio vincular, por la cual no será necesario la existencia o la invocación de una causal, si no se manifiesta conjuntamente la voluntad de ambos cónyuges de separarse, trascurrido el plazo que la ley señala pueden solicitar el divorcio, es decir; la separación convencional opera como un plazo previo al divorcio.

Al respecto Ferrer citado por Jara & Gallegos (2014) señala que el divorcio o la separación por mutuo consentimiento es una derivación lógica de la doctrina que sostiene la naturaleza contractual del matrimonio, pues la voluntad coincidente de los cónyuges de divorciarse (o separarse) expresada en forma autentica y libre es el único fundamento de la sentencia de separación de divorcio, que sólo se limita a homologar, o sea, otorgar eficacia jurídica, al acuerdo de los cónyuges. Puesto que con el acuerdo de voluntades se forma la unión matrimonial, también de la misma manera se la puede disolver.

Con tales características, el divorcio por mutuo consentimiento es una expresión típica del divorcio-remedio,

según la cual el divorcio procede toda vez que existe una perturbación grave de las relaciones matrimoniales, derivada o no de la culpa de los cónyuges que haga difícil o sin objeto la comunidad doméstica. La finalidad del divorcio, de acuerdo a esta concepción, es remediar esa imposibilidad o dificultad de la vida en común, prescindiendo de la imputabilidad de tal situación a la culpa de uno o ambos cónyuges”.

Según; López, C. (2005) Para tener una adecuada regulación del acuerdo de separación, resulta necesario observar ciertos aspectos deben estar materializados en dicho acuerdo, así como normas o compromisos necesarios para regular relaciones, obligaciones, deberes y derechos de los cónyuges separados de hecho:

- a)** Aspectos básicos. Los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

- b)** Aspectos cuando existen hijos. Si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos:
 - El régimen aplicable a los alimentos;
 - El cuidado personal de los hijos; y
 - La Tenencia y régimen de visitas: Esto en cuanto relación directa y regular que mantendrá con los hijos

aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

c) Se deben observar las limitaciones establecidas por ley.

Ledesma N. (2008), que la disolución del vínculo matrimonial, en la mayor parte de los países, se tramita ante la instancia jurisdiccional, en otras ocasiones el trámite es en sede administrativa y son los funcionarios públicos -registradores oficiales, registradores civiles u otros- y desde hace no mucho tiempo, los Notarios, como depositarios de la fe pública.

En algunas legislaciones se admite el trámite notarial o administrativo, pero para su validez se requiere de la homologación ante la autoridad judicial.

1.4.8. Separación de cuerpos y separación convencional

Cornejo, C. (2013) señala que la separación de cuerpos es considerada como una institución del Derecho de Familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión judicial que suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales mientras que la separación de cuerpos o también conocida por la doctrina como separación personal sólo puede ser decretada judicialmente ante alegación o prueba de hechos culpables de uno o ambos cónyuges, y, por supuesto, deja subsistente el vínculo matrimonial.

En nuestro sistema legal la separación de cuerpo puede proceder, como acción, en mérito de alguna de las causales previstas en el artículo 333° del Código Civil.

La separación convencional, en cambio, se considera un paso previo al matrimonio que es dado por los dos cónyuges de mutuo acuerdo, de ahí el nombre de “convencional”. Una vez cumplidos con los requisitos que la ley señala, esta separación convencional opera como causal de divorcio.

La Separación Convencional, se podría entender como aquella referida a una de las causales previstas en el artículo 333° del Código Civil que permite a los cónyuges, de manera conjunta, solicitar la Separación de Cuerpos debido a que existe mutuo consentimiento, lo que evitaría la inculpación recíproca de los cónyuges para obtener la sentencia final, pero para solicitarla la ley prevé un plazo mínimo de duración del matrimonio, es decir, que exista entre los cónyuges la Separación Convencional después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

Cabe resaltar en nuestra legislación nacional se podrá solicitar la separación convencional sino hasta después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, en cambio la separación de cuerpos como acción o por decisión unilateral no tiene plazo, y se puede demandar tan luego se dé la causal.

1.4.9. Tratamiento jurídico de la separación convencional y divorcio ulterior

Nuestro Código Civil en su artículo 333° inciso 13, establece que la separación convencional para que sea considerada como causal de divorcio, tiene que haber transcurrido por lo menos dos años de la celebración del matrimonio.

Al respecto Jara y Gallegos (2014) expresa que la separación por mutuo acuerdo es un procedimiento muy particular creado con el objeto de facilitar la separación en los casos que los cónyuges están de acuerdo, y sin necesidad de alegar causa justa con la importante particularidad de iniciarse por ambas partes sin existencia de discusión o contienda, estando ausentes algunas de las notas características del proceso contencioso, y llegando a discutirse la naturaleza jurisdiccional del procedimiento, puesto que si las partes están de acuerdo, no hay nada que decidir, sin embargo; el juez, al dictar sentencia, realiza una actividad completa de conocimiento, enjuiciando por parte del Ministerio Público, y esta actividad judicial pertenece también al campo genuinamente decisorio de la jurisdicción.

➤ Intervención del Ministerio Público

La intervención del Ministerio Público mediante su representante en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, se dará lugar siempre que los cónyuges tuviesen hijos a patria potestad ya que con la intervención del Ministerio Público se busca

salvaguardar los intereses de los menores de edad (principio de interés superior del niño), de acuerdo al artículo 574° del Código Civil.

Entonces debe tenerse en cuenta que si no hay intereses de los hijos en juego, como consecuencia lógica no será necesario llevar el caso como un proceso contencioso, debido a que no hay sujetos en controversia, ya que solo estarían los cónyuges en conflicto.

➤ **El convenio regulador como requisito especial.**

El convenio regulador de acuerdo al artículo 575° del Código Civil constituye un requisito esencial para la tramitación de la separación convencional, el cual debe estar anexado a la demanda y debe estar firmada por ambos cónyuges; asimismo debe regular los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada, el cual debe estar firmado por ambos cónyuges.

Vaqueiro rojas y Buenrostro Báez citados por Jara & Gallegos (2014) afirman que el denominado convenio regulador debe establecer:

a) La persona que se hará cargo de los hijos menores;

- b)** La manera en que se atenderá a las necesidades de los hijos menores;
- c)** El domicilio en que habitará cada uno de los cónyuges;
- d)** La forma de garantizar los alimentos del acreedor alimentario durante el procedimiento;
- e)** El modo de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento;
- f)** La designación del liquidador de la sociedad conyugal;
- g)** El inventario de bienes y deudas comunes”

➤ **La Tutela en el proceso de separación convencional**

Una vez emitido el auto admisorio, resolviendo admitir a trámite la demanda de separación convencional, tiene eficacia jurídica los acuerdos del convenio anexo a la demanda, sin perjuicio de lo que disponga en la sentencia, ello en cumplimiento de lo estipulado por el artículo 576° del Código Civil.

Proceso de separación convencional Debido a la poca complejidad que amerita esta materia su trámite será en la vía del proceso sumarísimo, según el artículo 573° del Código Civil, la misma que requerirá los siguientes actos procesales:

1. Una vez presentada la demanda, esta será calificada por el juez de turno para luego ser declarada

admisible o inadmisible o improcedente, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 426° y 427° del Código Procesal Civil.

2. Si la demanda es declarada inadmisible, el juez le otorgará tres días para que subsane la omisión, tal y como consta en el artículo 551° segundo párrafo del Código Procesal Civil; sin embargo, si la demanda es declarada improcedente, de acuerdo al artículo 551° del Código Procesal Civil parte final se ordenará la devolución de los anexos presentados.
3. Una vez admitida a trámite la demanda, se le concede al demandado cinco días para que conteste la demanda, caso contrario de lo declarará rebelde, tal y como consta en el artículo 554° del Código Procesal Civil.
4. Una vez contestada la demanda o habiendo transcurrido el plazo para contestar, se procede a fijar fecha para la audiencia de saneamiento (pruebas y sentencia) la que deberá realizarse dentro de los diez días siguiente de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, dicha audiencia se regulará supletoriamente por los artículos que regulan la audiencia de pruebas (artículos 202° al 211° del Código Procesal Civil).
5. Al iniciar la audiencia de saneamiento, y luego de haber deducido excepciones, el juez ordenará al

demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas, de acuerdo a lo estipulado por el primer párrafo del artículo 555° del Código Procesal Civil.

6. Una vez ocurrida la audiencia el juez declarar la existencia de una relación jurídica procesal valida en consecuencia saneado, el proceso, luego procederá a fijar puntos controvertidos y determinará los que van ser materia de prueba.
7. A continuación, se rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, esto en concordancia a lo estipulado por el segundo párrafo del artículo 555° del Código Procesal Civil.
8. Luego concederá la palabra a los abogados para que expongan sus alegatos, siempre que lo hayan solicitado, tal y como lo regula el penúltimo párrafo del artículo 555° del Código Procesal Civil.
9. Luego se emite sentencia contenida en una resolución, la cual es apelable con efecto suspensivo dentro del tercer día de haber sido notificada según el artículo 376° del Código Procesal Civil. Lo mismo sucede si fuere el caso con aquella resolución que resuelve la excepción o defensa previa; en cuanto a los demás tipos de resoluciones son apelables sin

efecto suspensivo y con la calidad de diferida, siendo aplicable para este supuesto el artículo 369° del citado código.

Debe tenerse en cuenta que al tratarse de un proceso sumarísimo no es posible la admisión de reconvenición, informes sobre los hechos y ofrecimientos de medios probatorios en segunda instancia.

➤ **Contenido de la sentencia**

Una vez agotada todas las etapas del proceso de separación convencional, se declarará judicialmente la misma, y como consecuencia se suspenderán todos los deberes que tenían su origen en la vigencia del vínculo matrimonial, estos son los referidos al lecho y habitación, así como también poniéndose así fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Asimismo, necesariamente se deberá consignar el convenio regulador acordado, esto siempre y cuando exista el verdadero compromiso por parte de los cónyuges a cumplir adecuadamente la obligación alimentaria y todos aquellos deberes que importe la patria potestad y derechos de los menores o incapaces, tal y como lo regula el artículo 579° del Código Procesal Civil. De acuerdo al artículo 345° del Código Procesal Civil se regula en cuanto al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos, de la mujer o el marido resaltando que el juez es quien fija su ejercicio de tales obligaciones

en observancia de sus intereses, en cuanto a la separación de cuerpos por mutuo consentimiento que “el juez al pronunciarse deberá velar porque no se infrinjan las normas de orden público que son por su esencia inderogables por voluntad de los interesados, haciéndole a tal fin las observaciones que estime de derecho”.

Otro efecto que se produce a consecuencia de la separación convencional es la pérdida de vocación hereditaria, sin embargo, si media acuerdo de partes puede dejar a salvo el derecho de uno de ellos. Por otro lado, el artículo 318° del Código Civil establece que con la separación de hecho se pone fin a la sociedad de gananciales, y complementando con el artículo 324° del mismo cuerpo normativo, se entiende que, si hubiera un cónyuge culpable, éste pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. En cuanto a la tenencia, lo ideal es que exista acuerdo entre los padres de decidir quién se quedará los hijos, en ese aspecto el juez decide apartarse un poco; sin embargo, si uno de los cónyuges lleva una vida inmoral, el juez va a decidir debido a que está en riesgo el interés superior del niño.

➤ **Divorcio ulterior**

Para el inicio del trámite de divorcio ulterior es necesario que hayan transcurrido por lo menos dos meses desde que se notificó la sentencia, resolución de alcaldía o acta

notarial que declara la separación convencional, tal y como consta en el artículo 354° del Código Procesal Civil. Posteriormente, una vez admitida la solicitud, el juez procederá a dictar sentencia, luego de tres días de notificada a la otra parte; por otro lado, si el divorcio se tramita en la Municipalidad o Notaría, el alcalde o notario según corresponda, que conoció el proceso de separación convencional, resolverá en un plazo no mayor de quince días, bajo responsabilidad.

1.4.10. Divorcio en sede municipal y sede notarial

Con la Ley N° 29227, Ley que Regula el Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, cuya publicación fue el 16 de mayo de 2008, se le otorgó competencia a los Notarios y a las Municipalidades para conocer los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en la vía del proceso no contencioso, modificando para este aspecto el Código Civil, Código Procesal Civil y la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos.

La causa de que se haya emitido esta ley otorgando competencia por estos procesos a Municipalidades y Notarios, es debido a que se trata de procesos no contenciosos, a consecuencia de que no existe contienda entre los cónyuges, por ende el interés de los cónyuges radica en que el vínculo matrimonial existente se deje sin efecto lo antes posible; entonces es por ello que se pensó que lo idóneo era delegar esta competencia a las Notarías y

Municipalidades, de tal manera que este proceso sea mucho más rápido.

Sin embargo es necesario traer a colación que del texto de la Ley N° 29227, se señala que la duración del procedimiento de separación confesional será por tres meses; sin embargo, en la práctica si se compara la duración real de un proceso que se tramita en la sede notarial o municipal y otro que se tramita sede judicial, no existe diferencia considerable en cuanto a la duración, ello debido a que en la sede notarial se exige una serie de requisitos y presentación de documentos previos, que ocasionan que este procedimiento no sea tan rápido como se publicitó.

1.4.11. Proceso judicial de separación de hecho y divorcio ulterior en el Perú

Con la publicación de la Ley N° 29227 denominada Ley que Regula El Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior, se le otorga competencia a los notarios y municipalidades, para que estos puedan tramitar los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en la vía del proceso no contencioso.

La causa por la que se le delegó competencia a las notarías y municipalidades es debido a la ausencia de contienda entre los cónyuges, ya que existe mutuo acuerdo para disolver el vínculo matrimonial, es por ello que se lo estableció como procedimiento más rápido y menos engorroso.

Sin embargo al realizar un análisis comparativo entre la Ley N° 29227 y su reglamento el Decreto Supremo N° 009-2008-JUS con respecto a los procesos que se tramitan en la vía judicial en la actualidad, se puede apreciar que entre uno y otro procedimiento no existe diferencia considerable en la duración, ya que según la ley, este procedimiento tendría una duración estimada de tres meses, tiempo que en teoría es menor al establecido en la sede judicial; pero si nos remitimos al plano de los hechos, si bien es cierto el procedimiento establecido resulta aparentemente instantáneo, en la práctica debido a la exigencia de diversos requisitos y documentos previos, hacen que este procedimiento no sea tan rápido como se publicitó.

En consecuencia resalto la exigencia de que los cónyuges hayan resuelto asuntos relacionados a las necesidades de sus hijos (tenencia, régimen de visitas, patria potestad, pensión de alimentos, copia de la sentencia que declara la interdicción de los hijos mayores de edad y nombramiento de su curador, los que deben constar en una sentencia judicial firme o acta de conciliación de ser el caso) y a la división de su patrimonio, siendo indispensable que estos documentos se otorguen para poder dar inicio a un procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior ante un notario o el alcalde respectivo; por otro lado si no hubiera hijos solo es necesario que se presente su Declaración Jurada.

Al establecer el plazo de tres meses solo se ha tomado en cuenta desde la presentación de la solicitud ante el notario o municipalidad, no se ha tomado en cuenta el tiempo que van a necesitar o cónyuges para conseguir llegar a los acuerdos previos al trámite de este procedimiento, los cuales constituyen requisitos necesarios; es decir, que sin los cuales no se le podría dar inicio a dicho procedimiento.

1.4.12. Régimen de acreditación a las Municipalidades para que puedan conocer del Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior

De acuerdo a lo regulado en el artículo 8° de la Ley N° 29227, es necesario que las Municipalidades se acrediten por el Ministerio de Justicia, ahora ello solo será posible si cumplen con las exigencias reguladas en el reglamento de dicha ley para poder tramitar este procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior.

➤ Requisitos para la acreditación

Para que puedan conocer las Municipalidades el procedimiento de separación convencional, el Decreto Supremo N° 009-2008-JUS en su artículo 16° establece los siguientes requisitos:

- a)** Que cuenten con un ambiente privado e idóneo para el desarrollo de dicho procedimiento no contencioso, así como una oficina de asesoría jurídica con titular debidamente designado o, en su defecto, con un abogado autorizado.

- b)** Las Municipalidades Provinciales y Distritales de la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao serán acreditadas dentro de quince días hábiles luego de presentar la información requerida por el artículo 16° del Reglamento.
- c)** Las Municipalidades Provinciales y Distritales del resto del país serán acreditadas dentro de treinta días hábiles luego de presentar la información requerida por el artículo 16° del Reglamento.
- d)** El responsable del emitir el certificado de acreditación es la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia en cumplimiento del artículo 8° de la Ley 29227, y también se encargará de dictar las medidas complementarias y las directivas necesaria para efectos de la acreditación de las municipalidades.
- e)** La duración del certificado de acreditación tendrá una duración de cinco años.

➤ **Requisitos para la Separación Convencional y Divorcio Ulterior**

La Ley N° 29227 en concordancia con su reglamento el Decreto Supremo N° 009-2008, establece los requisitos

intrínsecos y extrínsecos, según la situación o estado del matrimonio que se pretende disolver, así especifica:

Matrimonios sin hijos y patrimonio conyugal

- a)** Requisito de fondo: Si el matrimonio carece de hijos menores de dieciocho años de edad o mayores incapaces y además de patrimonio conyugal sujeto al régimen de la sociedad conyugal, se establece como requisito que hayan transcurrido como mínimo dos años de la celebración del matrimonio civil.
- b)** Requisito de la solicitud:
- Nombres y apellidos completos de ambos cónyuges;
 - Documento de identidad de ambos cónyuges;
 - Último domicilio conyugal;
 - Expresar de manera indubitable la decisión de separarse;
 - Firmas de ambos cónyuges.
- c)** Anexos de solicitud:
- Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges.
 - Acta o copia certificada de la partida de matrimonio a disolver, expedida dentro de los tres meses de la presentación de la solicitud.
 - Declaración jurada con firma y huella digital de ambos cónyuges, de carecer de hijos menores

de dieciocho años de edad o mayores de edad incapaces. El cuarto requisito es alternativo, según sea el caso:

- Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos de Separación de Patrimonios; o,
- Declaración jurada con firma y huella de ambos cónyuges de carecer de bienes sujetos a sociedad de gananciales.

➤ **Matrimonios sin hijos, con patrimonio conyugal**

a) Requisito de fondo

Si el matrimonio carece de hijos menores de dieciocho años de edad o mayores incapaces, y sin embargo es titular de bienes a nombre de la sociedad de gananciales, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: primero, que hayan transcurrido como mínimo dos años de la celebración del matrimonio civil; y segundo, que exista Escritura Pública en los Registros Públicos de sustitución (cambio de régimen) o liquidación de régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

b) Requisito de la solicitud:

- Nombres y apellidos completos de ambos cónyuges
- Documento de identidad de ambos cónyuges
- Último domicilio conyugal

- Expresar de manera indubitable la decisión de separarse
- Firma de ambos cónyuges.

c) Anexos de solicitud:

- Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges.
- Acta o copia certificada de la partida de matrimonio a disolver, expedida dentro de los tres meses de la presentación de la solicitud.
- Declaración jurada con firma y huella digital de ambos cónyuges, de carecer de hijos menores de dieciocho años de edad o mayores de edad incapaces.
- Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos de sustitución de régimen patrimonial o liquidación de régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

➤ **Matrimonios con hijos menores y mayores incapaces y patrimonio conyugal**

- a) Requisito de fondo: Si el matrimonio carece de hijos menores de dieciocho años de edad o mayores incapaces, y sin embargo es titular de bienes a nombre de la sociedad de gananciales, es necesario que hayan transcurrido como mínimo dos años de la celebración del matrimonio civil como primer

requisito; y como segundo requisito dependerá del caso:

- Sentencia judicial firme que establezca:
 - El régimen de ejercicio de la patria potestad de los hijos menores de dieciocho años de edad y mayores incapaces.
 - Alimentos para los hijos menores de dieciocho años de edad y mayores incapaces.
 - Tenencia de los hijos menores y mayores incapaces.
- Acta de conciliación que establezca:
 - El régimen de ejercicio de la patria potestad de los hijos menores de dieciocho años de edad y mayores incapaces.
 - Alimentos para los hijos menores de dieciocho años de edad y mayores incapaces.
 - Tenencia de los hijos menores de dieciocho años de edad y mayores incapaces.
 - Régimen de visitas para los hijos menores de dieciocho años de edad y mayores incapaces.
- Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos de sustitución (cambio de régimen) o liquidación de régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

b) Requisito de la solicitud:

- Nombres y apellidos completos de ambos cónyuges;

- Documento de identidad de ambos cónyuges;
- Último domicilio conyugal;
- Expresar de manera indubitable la decisión de separarse;
- Firma de ambos cónyuges.

c) Anexos de solicitud:

- Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges.
- Acta o copia certificada de la partida de matrimonio a disolver, expedida dentro de los tres meses de la presentación de la solicitud.
- Acta o copia certificada de la partida de nacimiento de los hijos menores de dieciocho años de edad o mayores incapaces, expedida de los tres meses de la presentación de la solicitud de divorcio.
- Según sea el caso
 - Copia certificada de sentencia judicial firme.
 - Copia certificada de acta de conciliación.
- Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos de sustitución de régimen patrimonial o liquidación de régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

1.4.13. Competencia

Resultan competentes para tramitar los procedimientos no contenciosos de separación convencional y divorcio ulterior:

➤ **Alcaldes Distritales y Provinciales**

Son competentes en razón del territorio los alcaldes distritales y provinciales del último domicilio conyugal que compartieron o también el del lugar de donde se celebró el matrimonio civil. Es necesario traer a colación las críticas que ha tenido el haber delegado competencias a las municipalidades, para que estas tramiten los procedimientos no contenciosos de separación convencional y divorcio ulterior, debido a que estas en ciertos casos no cuentan con el personal idóneo, debido a condiciones climáticas o geográficas, para que tomen conocimiento de esta materia, quizá en futuro se presenten innumerables casos de nulidades de resoluciones administrativas que tendrían que finalmente tramitarse en el mismo Poder Judicial.

➤ **Notarios Públicos**

Son competentes en razón del territorio los notarios públicos del último domicilio que compartieron; o, donde se celebró el matrimonio civil. Para algunos jueces es cuestionable que se les haya delegado el conocimiento de esta materia a los notarios, debido a que ellos se rigen por la Ley N° 26662 que regula los Asuntos No Contenciosos que son de Competencia Notarial y por la Ley del Notariado Ley N° 26002, la que señala que el notario es quien está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran; y a partir de ello es que los jueces manifiestan que el notario sólo formalizaría la voluntad de las partes, debido a que no

tienen autorización por la Ley N° 29227, de modificar los acuerdos de Conciliación ni las Resoluciones Judiciales. Sin embargo, en ciertos casos debido a la necesidad de una situación determinada (como se trata de situaciones familiares son susceptibles de variaciones en el tiempo), será necesario que esta resolución se modifique y es así que los cónyuges se verán en la necesidad de regresar a la vía judicial para regularizar nuevamente los acuerdos, haciendo que estas sedes (municipal y notarial) no cumplan la finalidad que se les encargó mediante una ley.

➤ **El trámite Notarial y Municipal de Separación Convencional**

De acuerdo con lo establecido por la Ley N° 29227, establece las siguientes etapas:

Periodo de calificación

Las municipalidades y notarias tienen quince días para calificar los requisitos legales, la cual incluye en el caso de las municipalidades, el visto bueno del área legal del abogado o de la municipalidad, y la convocatoria a una audiencia única.

➤ **La realización de la audiencia y declaración de separación convencional**

Luego de esta etapa se expedirá la Resolución de Alcaldía o Acta Notarial que declarará la separación de cuerpos, la misma que suspende todos los deberes cuyo origen era la vigencia del vínculo matrimonial. Según Jara y Gallegos, “(...) carece de toda lógica el establecimiento de un trámite alternativo, no legitima una respuesta legal distinta en la regulación de una misma institución (separación convencional), situación que contrasta también con el principio constitucional de promoción del matrimonio recogido en el artículo 4° de la carta magna, que si bien no supone su defensa a ultranza como si matrimonio y familia serian la misma cosa, tampoco implica dejar de lado que toda separación supone una decisión reflexiva que tiene que ser el fruto de una meditación profunda, de la que deben ser conscientes quienes voluntariamente la asumen como una salida a su crisis matrimonial”.

En caso medie la inasistencia de uno de los cónyuges a esta audiencia, se permitirá solo una nueva convocatoria dentro del plazo de quince días posteriores a su frustración, a diferencia del proceso judicial cuya audiencia es inaplazable y si uno de los cónyuges no asiste se archiva la causa, tal y como consta en el artículo 203° del Código Procesal Civil.

➤ **La disolución del vínculo matrimonial**

Una vez emitida la Acta Notarial o Resolución de Alcaldía, y habiendo transcurrido dos meses, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial (entiéndase divorcio ulterior), teniendo el alcalde o notario quince días para resolver dicha solicitud de disolución del vínculo matrimonial.

➤ **La ausencia de calificación del concepto del convenio como elemento distintivo del trámite Notarial y Municipal frente al trámite Judicial.**

De acuerdo al artículo 579° del Código Procesal Civil del Código Procesal Civil, el juez puede desvincularse del contenido del convenio propuesto, cuando él considere que no asegura la obligación alimentaria y aquellos deberes que son inherentes a la patria potestad y derechos de los menores de edad o incapaces. Esto tiene como fundamento la función tuitiva de los jueces, quienes de oficio pueden intervenir siempre que la situación lo amerite; incluso puede ser en la misma audiencia única, en donde el juez o por el representante del Ministerio Público si observa que se está afectando considerablemente el interés superior del niño o el interés de uno de los cónyuges podrá intervenir para que se mejore el acuerdo.

Por otro lado, la ley N° 29227 establece que no hay convenio que acoger, debido a que todo lo concerniente a obligaciones y deberes para con los hijos menores de edad o mayores de edad, ya han sido determinados por

un proceso judicial previo, por ende, todo ello está regulado en una sentencia firme o acta de conciliación extrajudicial.

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

2.1. EL DERECHO COMPARADO

2.1.1. En Argentina

En el Código Civil, se exige que transcurra dos años de la celebración del matrimonio y los cónyuges pueden presentar conjuntamente su petición al juez, con la causal del mutuo acuerdo, mutuo consentimiento o presentación conjunta, y pedir el divorcio vincular. Si hubiera la circunstancia de la separación de hecho, la ley exige que el plazo sea de tres años desde la celebración del matrimonio. El trámite del divorcio, se realiza en sede judicial.

2.1.2. En Bolivia

El artículo 133° del Código de Familia determina el carácter personalísimo del divorcio, salvo que se tenga poder especial. La ley del divorcio absoluto de 1932, que introdujo en Bolivia el divorcio, así como el artículo 336° concordante con el artículo 372° del Código de Familia, dispone que se tramite en sede judicial.

2.1.3. En Chile

El Divorcio de común acuerdo, lo solicitan los cónyuges, ante el juez acreditando que su convivencia ha cesado por un lapso superior a un año. Entonces, no basta el mero

consentimiento entre los cónyuges. La separación de hecho, se acredita con la escritura pública, acta notarial extendida ante notario o acta ante el Registro Civil o transacción aprobada judicialmente, La declaración de divorcio es judicial.

2.1.4. En México

El divorcio puede realizarse voluntariamente o en su caso en forma contenciosa. Para que proceda el divorcio en vía voluntaria, los cónyuges deben tener por lo menos un año o más de casados y estar de acuerdo para que se realice, según sea el caso, en forma administrativa o judicial.

En la vía administrativa, cuando no están en juego los intereses de los hijos y puede disolverse el matrimonio con toda rapidez, con la sola participación del Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, quien consigna la voluntad de los consortes en un acta que es ratificada a los 15 días y ello es suficiente para considerar disuelto el vínculo matrimonial.

En el Distrito Federal a partir del año 2000, también se puede tramitar el divorcio administrativo aun cuando los consortes tengan hijos, siempre que éstos sean mayores de edad y no requieran de alimentos; ni los mismos cónyuges necesiten igualmente alimentos. En Panamá: Se admite el divorcio, considerando las causales, como contenciosas y no contenciosas y el trámite se efectúa ante un Juez. No se acepta el trámite ante notario, porque significaría considerar

el matrimonio como un contrato y al respecto existen diversas posiciones.

El mutuo consentimiento es otra de las causales de divorcio, ambos cónyuges expresan libremente su decisión de disolver el vínculo que les ata. significa: *“Que el matrimonio tenga como mínimo dos años de celebrado; y que las partes ratifiquen su solicitud de divorcio transcurridos dos meses desde la presentación de la demanda de divorcio y antes de los seis (6) meses de la citada presentación”*.

Para el trámite, solo son competentes los miembros de la corte de Justicia (juzgados seccionales de familia, juzgados municipales de familia, Tribunales superiores de familia, La corte Suprema de Justicia.

CONCLUSIONES

1. La separación convencional como causal de separación de hecho, es un procedimiento integrado el cual evitara los tramites dilatados y extensos que se observa dentro de las cargas judiciales existentes en la actualidad.
2. El trámite desarrollado en vía notarial o municipal se hará de acuerdo a lo establecido por su norma y reglamento el cual le otorga ciertos requisitos y documentación la cual deberá ser valorada.
3. En nuestro país, el divorcio es un procedimiento que resulta tedioso por las causales estipuladas en el Código Civil, además de afectar el estado emocional del cónyuge afectado, por encontrarse en una situación de minoría de afecto, por lo que la separación convencional será un procedimiento más breve además de contar con la voluntad de ambos y establecer un acuerdo.

RECOMENDACIONES

1. Que la separación convencional, sea un trámite de menor carga, para los cónyuges que se encuentran en una situación de voluntad de separarse, sin perjudicarse uno del otro contando con un acuerdo del cual ambos estarán expresando su voluntad, establecer requisitos los cuales le ayude a las autoridades a la interpretación para la toma de decisiones además de valorar la situación afectiva de ambos cónyuges.
2. Que, dada su trascendencia e importancia de la Familia dentro de nuestra sociedad, ésta es protegida por nuestra Constitución Política siendo el Estado defensor de la misma y promueve su existencia, por lo que tanto las pretensiones de divorcio, separación convencional y divorcio ulterior únicamente se tramitaban ante el Órgano Jurisdiccional, siendo competente el Juez de Familia.
3. En nuestro sistema normativo se ha regulado el proceso divorcio como respuesta legal a la crisis matrimonial desde dos perspectivas: sancionadora y de remedio, siendo que en la primera el divorcio se otorga previa acreditación judicial en un proceso de conocimiento de las situaciones fácticas que implican la culpabilidad de alguno de los cónyuges y desde la segunda perspectiva de remedio, donde éste se produce por la constatación judicial en un proceso sumarísimo del fracaso de la convivencia conyugal, y la voluntad de ambos cónyuges de poner fin al vínculo matrimonial.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Armas, en la tesis: Las consecuencias indemnizatorias de la Separación de hecho en el derecho peruano. Realizado en la Universidad San Martín de Porres 2010.

Cornejo Chavez, Héctor (1991) Derecho Familiar Peruano, Editorial Librería "STUDIUM" S.A, 8va Edición, Lima-Perú

Díaz K. en la tesis: La nulidad procesal como causa de dilación de los procesos de divorcio por causal. Realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013.

Herrera Navarro (2005). El proceso de Divorcio. Segunda Edición. Editorial Marisol. Trujillo - Perú.

Jara, R., & Gallegos, Y. (2014). Manual de Derecho de Familia (Primera Edición ed.). Lima: Jurista Editores

Umpire, E. (2006). El divorcio y sus causales (Primera Edición ed.). Lima: Ediciones Jurídicas.

Mallqui Reynoso, Max; Momethiano Zumaeta Eloy (2001) Derecho de Familia. Editorial San Marcos, Lima -Perú.

Ledesma Narváez, Marianella. (2008) "Comentarios al Código Procesal Civil", Gaceta Jurídica, Tomo II, 1° edición - julio, Lima Perú.

Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías (2008). Lima – Perú.

López, c. (2005). Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia (Primera Edición ed., Vol. I). Santiago de Chile, Chile: Librotecnia

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015). Código Civil Peruano. Litho & Arte S.A.C. Lima – Perú.

Quispe, D. (2001). La Noción de Matrimonio (Primera Edición ed.). Lima: Cultural Cuzco S.A.

Uribe Ojeda, Gabriel. En la Tesis: Divorcio encausado Realizado en la Universidad Autónoma de Querétaro, México 2013

Varsi, E. (2004). Divorcio, Filiación y Patria Potestad (Primera ed.). Lima: Editora Jurídica Grijley.

PAGINAS VIRTUALES

<http://www.blp-abogados.com/articulo.php?articulo=38> (revisado 20 de Setiembre del 2018)

Etimología Separación Convencional <http://etimologias.dechile.net/?divorcio> (Revisado 20 de setiembre del 2018)

Etimología Divorcio Ulterior <http://etimologias.dechile.net/?divorcio> (Revisado el día 20 de setiembre de 2018)

Sentencia de separación convencional

[file:///F:/TRABAJO%20MONOGRAFICO%20DIVORCIO/C4-](file:///F:/TRABAJO%20MONOGRAFICO%20DIVORCIO/C4-12_jurisprudencia_materia_familia_210208.pdf)

[12_jurisprudencia_materia_familia_210208.pdf](file:///F:/TRABAJO%20MONOGRAFICO%20DIVORCIO/C4-12_jurisprudencia_materia_familia_210208.pdf) (Revisadas 30 de setiembre del 2018).