

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



“La ausencia del periodo de reflexión en la regulación jurídica del Divorcio Notarial y Municipal como atentatorio al Principio Constitucional de Promoción del Matrimonio”

TESIS PARA OBTENER EL TITULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORA:

Bachiller Zhenia Rossemary Silva Boy.

ASESORA:

MARISEL CÁRDENAS VÁSQUEZ.

TRUJILLO – PERÚ.

2016

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



“La ausencia del periodo de reflexión en la regulación jurídica del Divorcio Notarial y Municipal como atentatorio al Principio Constitucional de Promoción del Matrimonio”

TESIS PARA OBTENER EL TITULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORA:

Bachiller Zhenia Rossemary Silva Boy.

ASESORA:

MARISEL CÁRDENAS VÁSQUEZ.

TRUJILLO – PERÚ.

2016

DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso quien es mi luz, mi guía y mi fortaleza; por haberme dado las fuerzas necesarias para seguir adelante, guiarme y bendecirme en todo momento.

A mis padres, quienes me enseñaron a pensar libremente, por su amor infinito, su cariño brindado, su dedicación y rectitud, que a pesar de los obstáculos hemos vencido siempre, a quienes les debo todo lo que soy y de quienes estoy sumamente orgullosa.

A mis hermanos, abuelitos y Pierito, por su apoyo moral, su optimismo y su amistad incondicional. Quienes han sido la fuerza para alcanzar mis objetivos y quienes me han brindado todo su apoyo cuando más lo necesitaba.

A Roger, mi compañero de vida y a Roger Alessandro, que pronto llegará; mi nueva familia, quienes son mi felicidad y motivación para salir adelante; los amo y siempre vamos a estar unidos.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por tan preciado regalo mi existencia; ya que por intermedio de Él tengo una familia maravillosa en toda la extensión de la palabra.

A la Universidad Privada Antenor Orrego, quien en todos estos años a través de sus Catedráticos me instruyó con conocimientos y experiencias maravillosas.

A Marta y Estuardo, mis padres; por su cariño, apoyo y confianza son unos padres maravillosos, los mejores.

A Ennith, Tannya y Esneider, mis hermanos a quienes admiro mucho por su complicidad y entusiasmo, de cada quien aprendo algo nuevo cada día, gracias por nunca dejarme sola.

A Mario y Cledia, mis queridos abuelitos quienes siempre con sus consejos y amor me hacen comprender muchas cosas, gracias porque a pesar de la distancia siempre están conmigo.

A mi adorable Pierito, ya que con su ternura, ocurrencias e inocencia hace cada día especial.

A la Doctora Marisel Cárdenas Vásquez, buena amiga y excelente Maestra, gracias por su apoyo, conocimientos transmitidos y consejos para la culminación de dicho proyecto.

PRESENTACIÓN

SEÑOR DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS - ESCUELA DE DERECHO

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

Zhenia Rossemary Silva Boy, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, de conformidad con el Reglamento de Elaboración y Evaluación de Tesis para obtener el Título de abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, presento a su consideración la Tesis Titulada **“LA AUSENCIA DEL PERIODO DE REFLEXION EN LA REGULACION JURIDICA DEL DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL COMO ATENTATORIO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCION DEL MATRIMONIO”**, con la finalidad de optar el Título de Abogado de esta prestigiosa casa de estudios.

El presente trabajo de investigación, es fruto de mucho esfuerzo, dedicación y tiempo; el propósito de esta tesis es contribuir a la formación de estudiantes y profesionales del derecho, aguardando que colme las expectativas de su ilustrado criterio y de quienes tengan a bien consultarlo.

Esperamos que el Jurado sepa comprender el esfuerzo que se ha desplegado y pueda tolerar los errores que pudiesen advertirse, y en base a este esfuerzo realizado espero su aprobación.

Zhenia Rossemary Silva Boy

RESUMEN

La protección de la familia que ordena el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, comienza por la debida promoción del matrimonio a la que obliga la misma disposición constitucional.

Guardando relación con el principio de la forma del matrimonio contenido también en el párrafo final del citado artículo 4, significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciéndose esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la legislación. Ello no impide que en la ley se contemple diversas maneras de contraer matrimonio, por cuanto al final siempre se lo celebrará de acuerdo con la ley.

Bajo este marco normativo civil, el juez era el único competente para conocer y resolver las pretensiones de separación de cuerpos y divorcio, dando lugar a una excesiva carga judicial, dilación de procesos y gastos excesivos que resultaban imposibles de asumir por la mayor parte de la población, generándose así una situación de informalidad. Por tal motivo, el Congreso de la República optó por otorgar competencia a las municipalidades y notarías para la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando ambos cónyuges estén de acuerdo y cumplan con los requisitos establecidos en la Ley N° 29227 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2008- JUS. Sin perjuicio de ello, los jueces mantienen sus competencias para seguir conociendo los casos de separación de cuerpos y divorcio, en el marco de la legislación civil.

En la Ley N° 29227, no hace referencia a un periodo de reflexión, a diferencia de lo que establece el artículo 344 del Código Civil que son 30 días después de la Audiencia Única, si uno de los Principios Constitucionales de la Familia es la Promoción del Matrimonio, entonces debería existir un tiempo de reflexión en la vía Notarial y Municipal, para que las parejas tomen un poco más de conciencia al momento de querer separarse o tomar tan drástica decisión, y velar por el bienestar de la familia, así como también de cada uno de sus integrantes.

ABSTRACT

The protection of the family that orders the article 4 of the Constitution of Peru, beginning with the promotion of marriage due to forcing the same constitutional provision.

Saving relation to the principle of form of marriage is also contained in the final paragraph of Article 4, it means that marriage is to be promoted concluded under civil law; thus established as the sole and mandatory to achieve the purposes specified in matrimonial law. This does not prevent the law in different ways marriage is contemplated, because in the end it always held in accordance with the law.

Under the civil regulatory framework, the judge was the only jurisdiction to know and determine the claims of separation and divorce, leading to excessive judicial burden, delays and overspending processes that were impossible to assume for most of the population, thus creating a situation of informality. Therefore, the Congress decided to grant competition to municipalities and notaries for the dissolution of marriage, as long as both spouses agree and comply with the requirements of Law No. 29227 and its Regulations, approved by Supreme Decree N°. 009-2008- JUS. Without detriment to, judges retain their competence to continue knowing cases of separation and divorce under civil law.

In law No. 29227 does not refer to a period of reflection, unlike the provisions of Article 344 of the Civil Code that is 30 days after a single hearing, if one of the constitutional principles of the Family is the Promotion Marriage, then there should be a time of reflection on the Attorney and Municipal way for couples to make a little more conscientious when wanting to separate or take such drastic action, and ensure the welfare of the family, as well as each of its members.

TABLA DE CONTENIDOS

Página.

PÁGINAS PRELIMINARES

CONTRAPORTADA O CARÁTULA	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
PRESENTACIÓN	
RESUMEN	
ABSTRAC	
TABLA DE CONTENIDOS	
TABLA DE ILUSTRACIONES Y/O GRÁFICOS	
INTRODUCCIÓN	

CAPÍTULO I PLAN DE INVESTIGACIÓN

1. Motivación y fundamentos.....	8
1.1. Realidad problemática.....	8
1.2. Antecedentes	15
1.3. Justificación de la investigación.....	16
2. Planteamiento del problema.....	17
2.1. General.....	17
3. Determinación de la hipótesis.....	18
a. Hipótesis general.....	18
4. Objetivos.....	18
a. Objetivos generales.....	18
b. Objetivos específicos.....	19

CAPÍTULO II MATERIALES Y MÉTODOS.

2. Material de estudio.....	21
2.1. Población universal.....	21
2.1.1. Teórica.....	21
2.1.2. Jurisprudencial.....	21
2.1.3. De campo.....	21
2.2. Población muestral.....	21
2.2.1. Teórica.....	21
2.2.2. Jurisprudencial.....	21
2.2.3. De campo.....	21
2.3. Muestra.....	22
3. Métodos.....	22

3.1. Tipo de investigación.....	22
3.1.1. Por su profundidad.....	22
a. Descriptiva.....	22
b. Explicativa.....	23
3.1.2. Por su finalidad.....	23
a. Aplicada.....	23
3.2. Métodos de investigación.....	23
3.2.1. Método científico.....	23
3.2.2. Métodos lógicos.....	24
a. Deductivo.....	24
b. Inductivo.....	24
c. Analítico.....	25
3.2.3. Métodos Jurídicos.....	25
a. Método doctrinario.....	25
b. Método Exegético.....	25
c. Método Interpretativo.....	26
d. Método Histórico.....	26
4. Diseño de contrastación de Hipótesis.....	27
5. Técnicas de Investigación.....	27
5.1. Para recolectar información.....	27
5.1.1. Técnica de fichaje.....	27
5.1.2. Archivos.....	28
5.1.3. Técnica de encuesta.....	28
6. Instrumentos de Investigación.....	28
6.1. Para recolectar información.....	28
A. Fichas de registro.....	28
B. Fichas de investigación.....	28

CAPÍTULO III MARCO TEÓRICO

3.1. Evolución de la familia y el matrimonio.....	30
3.2. Divorcio y separación de cuerpos.....	35
3.3. Evolución legislativa.....	36
3.3.1. El Código Civil de 1936.....	36
3.3.2. El Código Civil de 1952.....	37
3.3.3. El Código Civil de 1984.....	38
3.3.4. Leyes especiales.....	41
3.3.5. Modificaciones introducidas por la Ley 27495.....	41
3.4. Las nuevas causales de Divorcio.....	43
3.4.1. Imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probado en proceso judicial.....	43
a. Naturaleza jurídica.....	43
3.5. La separación de hecho de los cónyuges.....	47
A. Definición.....	47
B. Elementos de la causal.....	48
i. Elemento objetivo.....	48
ii. Elemento subjetivo.....	48

iii. Elemento temporal.....	48
3.6. Aspectos generales de divorcio en la normatividad procesal.....	49
3.7. Divorcio Notarial y Municipal en el Perú.....	51
3.8. Principios constitucionales del matrimonio y la familia.....	55
3.9. “A modo de reflexión”.....	57

CAPÍTULO IV DISCUSIÓN DE RESULTADOS

SUBCAPÍTULO I.....	59
SUBCAPÍTULO II.....	62
SUBCAPÍTULO III.....	68
SUBCAPÍTULO IV.....	71

CAPÍTULO V DISEÑO DE CONTRASTACIÓN

CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	81
SUGERENCIA LEGISLATIVA.....	83
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85
Bibliográficas.....	85
Revistas.....	87
Páginas web.....	88
ANEXOS.....	90

INTRODUCCIÓN.

La familia y el matrimonio han sido reconocidos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, encontrándose estatuidos en los principales Tratados de Derechos Humanos y en el Artículo 4º de la Constitución Política del Perú.

En el caso específico del matrimonio, puede observarse que el citado Artículo 4º dispone que la comunidad y el Estado promueven el matrimonio, tal como ha sido puesto en evidencia por cierto sector de la doctrina que considera que esta disposición consagra el principio de promoción del matrimonio. Sin embargo, también se reconoce en el dispositivo constitucional las causas de separación y disolución del matrimonio, disponiendo que su regulación sea por Ley. Por ello, si bien el Estado debe promover el matrimonio, ello no quiere decir, en modo alguno, que esta institución trascienda en su indisolubilidad⁸. Así, el constituyente delegó en el legislador la labor de establecer los requisitos necesarios para la celebración del matrimonio, así como para su disolución. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, entre los cuales se encuentra el divorcio.

Se ha dicho, que de todas las ramas del derecho, la función notarial es la más humana; porque constituye el medio que hace posible el ejercicio pacífico de los derechos entre los hombres. El notariado es el primer eslabón

de la administración de justicia en cuanto compete a éste el misterio de paz y concordia entre los integrantes de la sociedad.

Es indiscutible que un proceso de divorcio es de trascendental importancia, pues está en juego la modificación del estado de familia de los que dejarán de ser cónyuges y de sus hijos, quienes a partir de la disolución del vínculo matrimonial ejercerán de modo distinto sus derechos subjetivos familiares. Cabe preguntarnos si con el denominado “Divorcio Rápido”, las cosas van a ser más simplificadas o si por el contrario; la desjudicialización sólo implicará la administración del procedimiento en sede Municipal o Notarial. Sobre el particular, creemos que aunque la norma ha guardado silencio, es pertinente su aplicación por parte de los notarios y alcaldes cuando se produzcan estas reconciliaciones.

Como es de conocimiento público, los casos de separación de cuerpos y divorcio representan una alta carga procesal para el Poder Judicial, razón por la cual se ha establecido un procedimiento sencillo y de menor costo generándose así en una vía alternativa para la solución de este problema, otorgando competencia a los alcaldes y notarios, a fin de que declaren la separación de cuerpos y el divorcio ulterior cuando no existan controversias entre los cónyuges.

Tal trascendental tarea ya no es misión exclusiva del Juez, como sostienen algunos autores y la ley. Existe igualdad sustancial entre la actividad judicial, la notarial en la función de concretizar derecho, lo que no excluye que cada una de éstas actividades tengan matices peculiares que

deben ser estudiados y destacados. Los contratantes practican por el mero hecho de formalizar el contrato un acto de jurisdicción que, por ser fruto de la voluntad, habíamos de calificar como acto de “jurisdicción voluntaria”

Así tendríamos una jurisdicción impuesta por el Juez a las partes, **Jurisdicción Contenciosa** y una jurisdicción establecida por la voluntad de los particulares **Jurisdicción Voluntaria**.

La declaración de derechos no es específica ni exclusiva de la función jurisdiccional. La idea de la prevención de los litigios es una de las más salientes características de la función notarial.

PROYECTO DE TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE ABOGADO

I. GENERALIDADES:

1.1 TÍTULO:

“LA AUSENCIA DEL PERIODO DE REFLEXION EN LA REGULACION JURIDICA DEL DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL COMO ATENTATORIO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCION DEL MATRIMONIO”

1.2 DATOS DEL AUTOR:

1.2.1 Nombre : Zhenia Rossemary Silva Boy.

1.2.2 Facultad : Derecho y Ciencias Políticas.

1.2.3 Escuela : Derecho.

1.2.4 Grado Académico: Bachiller en Derecho.

1.2.5 Dirección Domiciliaria: Manzana H Block Ñ Departamento
304 – Residencial Magisterial El Golf – Víctor Larco.

1.2.6 Teléfono : 944087900.

1.2.7 E-mail : zheniasilva24@gmail.com

1.3 ASESORA.

1.3.1 Nombre: Marisel Cárdenas Vásquez.

1.3.2 Grado Académico: Doctora.

1.3.3 Título Profesional: Abogada.

1.3.4 Dirección Laboral y/o domiciliaria: Av. América Sur N° 3145
– Urb. La Merced.

1.4 TIPO DE INVESTIGACIÓN:

- 1.4.1 Por la Finalidad:** Básica.
- 1.4.2 Por la Contrastación:** Descriptiva.
- 1.4.3 Por su naturaleza:** Cualitativa.
- 1.4.4 Por el método:** Hermenéutica.
- 1.4.5 Por la consistencia:** No experimental.
- 1.4.6 Por la temporalidad:** Retrospectiva.

1.5 LOCALIDAD E INSTITUCIÓN DONDE SE DESARROLLARÁ EL PROYECTO:

- 1.5.1 Localidad:** Trujillo.
- 1.5.2 Institución:** Universidad Privada Antenor Orrego.

1.6 RÉGIMEN DE LA INVESTIGACIÓN: Investigación Libre.

2 DURACIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO:

Se ejecutará en 14 meses.

3 CRONOGRAMA DE TRABAJO:

ETAPAS		FECHA DE INICIO	FECHA DE TÉRMINO	DEDICACIÓN DÍAS/HORAS
ELABORACION DEL PROYECTO	3.1. Redacción del Proyecto	22 de Octubre	03 de Febrero	Lunes, Miércoles y Viernes de 5pm – 8pm
	3.2. Corrección del Proyecto	03 de Marzo	20 de Abril	Lunes, Miércoles y Viernes de 5pm – 8pm
EJECUCION DEL PROYECTO	3.3. Recolección de Datos	25 de Abril	25 de mayo	Lunes, Miércoles y Viernes de 5pm – 8pm
	3.4. Análisis de Datos	27 de mayo	07 de junio	Lunes, Miércoles y Viernes de 5pm – 8pm
	3.5. Elaboración de Informe	10 de junio	19 de junio	Lunes, Miércoles y Viernes de 5pm – 8pm
	3.6 Presentación de Informe	20 de junio	30 de junio	Lunes, Miércoles y Viernes de 5pm – 8pm
	3.7 Sustentación de Tesis	07 de Diciembre		

4 RECURSOS:

4.1. Personal

El investigador y la asesora.

4.2. Bienes

4.2.1. Bienes Muebles.

Naturaleza del gasto		S./
2.3.15.1	Escritorio	S./ 500.00
2.3.15.1	Silla	S./ 200.00
2.3.15.11	Computadora Portátil	S./ 2000.00
2.3.15.11	Impresora	S./ 400.00
2.3.15.11	Scáner	S./ 200.00
Sub total		S./ 3300.00

4.2.2. De Consumo

4.2.2.1 Material de Escritorio.

Naturaleza del gasto		S./
2.3.15.12	Borradores/Tajadores	S./ 30.00
2.3.15.12	Lapiceros/Lápices	S./ 20.00
2.3.15.12	Puntero Láser	S./ 15.00
2.3.15.12	Liquipaper	S./ 20.00
2.3.15.12	CD's	S./ 30.00
2.3.15.12	Posit/Separador	S./ 35.00
2.3.15.12	Plumones	S./ 45.00
2.3.15.12	Pizarra Acrílica	S./ 50.00
2.3.15.12	Papel Bond A-4	S./ 70.00
2.3.15.12	Resaltadores	S./ 30.00
Sub total		S./ 345.00

4.2.2.2 Material Bibliográfico.

Naturaleza del gasto		S./
2.3.22.2	Internet	S./ 100.00
2.3.1.99	Revistas	S./ 350.00
2.3.1.99	Libros	S./ 450.00
Sub total		S./ 900.00

4.3. Servicios

Naturaleza del gasto		S./
2.3.1.99	Empastados	S./ 170.00
2.3.1.99	Fotocopias	S./ 400.00
2.3.21.12	Movilidad	S./ 150.00
Sub total		S./ 720.00

5 PRESUPUESTO:

Según clasificador de gasto público para el año fiscal 2016 consignado en la **RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 006-2016-EF/50.01** y sus normas complementarias.

Material de Bienes Muebles Sub total	S./ 3300 .00
Material de Escritorio Sub total	S./ 345.00
Material Bibliográfico Sub total	S./ 900.00
Servicios Sub total	S./ 720.00
Total de gastos	S./ 5265.00

6 FINANCIAMIENTO:

- 6.1. Con recursos propios: La totalidad de los gastos que irrogue la investigación serán asumidos por el investigador.

CAPÍTULO I

PLAN DE INVESTIGACIÓN

1. MOTIVACION Y FUNDAMENTOS.

1.1. *Realidad Problemática:*

Méndez Costa (2006), señala que “el matrimonio es una institución de Derecho Natural cuyo carácter sacramental se reconoció a partir del Concilio de Trento. Puede afirmarse la dignificación de la familia fundada en el matrimonio y así se ha trasladado al plexo de legislaciones civilistas nacionales de la ecúmene occidental”. (p. 64 – 65). El Derecho natural es una corriente filosófica del Derecho que afirma que el Derecho es anterior a los hombres porque es creado por Dios; por lo que el matrimonio es considerado como un acto familiar patriarcal con legislación sobre los bienes patrimoniales. En las zonas con menos influencia de los romanos, un acto familiar o comunal. Luego se transformó en un acto religioso de la Iglesia Católica, hasta llegar a ser un sacramento. Y finalmente, luego de la Revolución Francesa, en una institución civil, con una estructura legal emanada del estado.

Las parejas se unen a través del matrimonio para formar un hogar consolidado y protegido por la ley. En el año 2002, Plácido Vilcachagua cita que conforme al artículo 234 del Código Civil Peruano: “La regulación jurídica del matrimonio tiende a favorecer su celebración y convalidación”. Por lo que se fomenta a la celebración del matrimonio, ya que particularmente la familia peruana, se halla sumida en una profunda crisis de la cual la mayoría de matrimonios no puede superar, problemas que por la

falta de comunicación y falta de ánimo para solucionar los problemas van dificultando y haciendo cada día más insoportable la vida en común.

Muchas de estas parejas optan de mutuo acuerdo por la disolución definitiva del vínculo matrimonial, esto es a través del divorcio, ya que en su mayoría son incapaces de resolver los problemas que se suscitan, y al no poder identificar con claridad el motivo de sus discusiones, peleas, enojos; optan por tomar tan drástica decisión de divorciarse, sin pensar en las consecuencias negativas que consigo traerían en el ámbito familiar, así como en el personal.

Cada año son más las parejas que acuden a las notarías o municipalidades para tramitar su divorcio, evitando así un amplio proceso judicial que resulta ser bastante tedioso.

Los más afectados con la separación vienen a ser los hijos, ya que empiezan a experimentar cambios a los que no están acostumbrados, esto es en cuanto a su estado emocional, que es una de las principales consecuencias negativas recaídas en los sujetos afectados.

La infidelidad y la imposibilidad de hacer vida en común son las principales causas por las que los matrimonios se disuelven sin embargo; para no verse inmerso en un proceso judicial buscando sancionar al cónyuge culpable, **ven como salida rápida la separación y disolución del vínculo matrimonial a través de una separación convencional o divorcio**

ulterior, buscando el menor tiempo posible, lo cual vendría a ser vía notarial o municipal.

El Estado se encuentra en el deber de no sólo fomentar la celebración del matrimonio; sino de propiciar la conservación del mismo¹, teniendo en cuenta que el mantenimiento del vínculo matrimonial constituye una forma directa de protección a la familia, que es la institución social más importante y anterior al orden jurídico, el que debe encaminarse a lograr su pleno desarrollo y que éste se mantenga unido.

En este sentido, Plácido Vilcachagua (2003), señala tiene que una de las formas en que el Estado contribuye a la conservación del matrimonio y por ende de la familia es la regulación jurídica de estas dos instituciones, ya que en la Constitución Política del Perú se contemplan los principios que inspiran al sistema jurídico familiar peruano y que son aludidos en el artículo 233 del Código Civil de 1984 que establece que: "La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú".

Para el Jurista Peralta Andía (2002), en su acepción específica, los principios del Derecho de Familia, constituyen las bases o fundamentos del sistema jurídicos familiar peruano. En este sentido, la determinación del

¹ Artículo 4 de la Constitución Política del Perú: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, a la madre y al anciano en situación de abandono. **También protegen a la familia y promueven el matrimonio.** Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley. (El resaltado es nuestro)

principio es sumamente importante no sólo porque permiten una mayor unidad y coherencia en la elaboración de las normas que regirán la existencia y desenvolvimiento familiar, sino también porque ha de permitir una mejor interpretación y aplicación e interpretación del derecho positivo.

La Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, que tiene por objeto establecer y regular el procedimiento no contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías.

Mediante la Ley en mención se agiliza el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, evitando así que las personas tengan que recurrir al órgano jurisdiccional que se caracteriza por su abundante carga procesal y la demora en la Resolución de solicitudes o conflictos.

Cabe precisar que la norma citada no abarca aspectos relativos a los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia, régimen de visitas exigiendo que para esos aspectos existan Sentencia Judicial firme o Acta de Conciliación entre las partes². Así como tampoco regula aspectos relacionados a los bienes gananciales exigiendo en el caso de que hubieran bienes gananciales, escritura pública, inscritos en Registros Públicos de sustitución o liquidación del régimen patrimonial³.

² Artículo 4 parágrafo a) de la Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías.

³ Artículo 4 parágrafo b) de la Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías.

Por cuanto advertimos que la norma gira en torno a la disolución del vínculo matrimonial en forma exclusiva, **es así que básicamente busca una solución efectiva cuando las parejas desean el divorcio.**

Conforme al artículo 6 de la citada norma, el Alcalde o Notario que recibe la solicitud y verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5, convoca en un plazo de 15 días a audiencia única. En dicha audiencia los cónyuges manifiestan su voluntad de ratificarse con la solicitud y el Alcalde o Notario declara la separación convencional por Resolución de Alcaldía o Acta Notarial.

Nuestra legislación civil a diferencia de la Ley N° 29227, específicamente en el artículo 344 del Código Civil marca una diferencia en cuanto **establece un plazo de revocatoria de consentimiento de 30 días para luego de la audiencia que en nuestra investigación denominamos Periodo de reflexión.**

Nuestro renombrado jurista, denomina a este plazo como “Periodo de reflexión procesal”. (Schreiber Pezet, 2006, p. 225)

Para Rebeca S. Jara y Yolanda Gallegos; dentro de los treinta días posteriores a la audiencia (única), cualquiera de los cónyuges puede revocar su decisión (de separarse convencionalmente), en cuyo caso se archiva el expediente (Art. 344 del C.C y art. 578, primer párrafo, del C.P.C). (p. 215). Puntualizamos que no se admite revocación (de la decisión de separarse convencionalmente) parcial ni condicionada (Art. 578, parte final, del C.P.C)

Respecto a Varsi Rospigliosi (2011), se entiende que sólo procederá la revocación conjunta. No se aplica el artículo 344 del Código Civil, referido a la facultad de las partes de revocar su consentimiento dentro de los treinta (30) días naturales siguientes de la audiencia (en acaso se aceptará la revocación parcial o condicionada, negada por el artículo 578 del C.P.C). (p.362)

La Ley N° 29227, Ley que Regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, al no establecer el plazo, vulneraría los Principios que rigen al matrimonio.

Los principios que se ven afectados son de Protección a la Familia, la cual debe proteger desde su concepción esencial así como los pilares en los que se apoya, ya que es considerado como la institución básica del Estado y de la Sociedad, dicho principio se ve afectado ya que sólo protege a un sólo tipo de familia, esto es a la que se une a través del matrimonio ante bajo los fundamentos legales que la ley estipula.

“El otro principio afectado es el de Promoción del Matrimonio, ya que la base de este principio es incentivar, fomentar y estimular a que las personas se matrimonen, es más, conservar el vínculo matrimonial” (Varsi Rospigliosi, 2001, p. 255). Es decir que sea un medio para constituir una familia, más no para separarla, ni dando opciones para su rápida disolución.

Ambos principios tienen como función primordial prevalecer dicha unión ante las dificultades presentadas en muchos matrimonios, ya que en los últimos años se ha visto vulnerado dichos principios en su gran mayoría ocasionados por los propios cónyuges, entre los que la infidelidad que es el principal factor y la incompatibilidad de caracteres en menor rango pero no el menos importante.

Siendo la familia la institución básica del Estado, hay una gran preocupación, ya que han incrementado anualmente los casos de divorcio, incluso en el artículo 333 nos dan una enumeración un poco amplia de las causales por las que ésta se llevaría a cabo, pero también en el artículo 344 del mismo Código señala un periodo de reflexión en el ámbito legal, lo cual busca de alguna manera que las parejas mediten en este lapso de tiempo e intenten de alguna manera solucionar sus diferencias para prevalecer la unión de la familia.

Por otra parte, la Ley N° 29227, Ley que Regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, facilita a los matrimonio en crisis insuperable a llevar un proceso corto, dándoles más facilidades en el menor tiempo posible, en dicha ley no existe un periodo de reflexión como en el Artículo 344 del Código Civil, por lo que los principio de la Familia se verían aún más vulnerados sin que haya un sustento que los proteja, si en todo este tiempo se ha buscado proteger la unión de la familia a través del matrimonio, cómo es que una Ley da facilidades a separarse y no existe ningún periodo de

reflexión para tomar conciencia de lo que se hace, existe un vacío legal que debe ser analizado.

Habiendo analizado la facilidad con la que se disuelven los matrimonios vía Notarial y Municipal en virtud a la Ley nos corresponde determinar en nuestra investigación si dicha Ley, al no establecer un periodo de reflexión atenta en al Principio Constitucional de la Promoción del Matrimonio.

1.1 Antecedentes:

Después de haber realizado la búsqueda en las Bibliotecas de la Universidad Nacional de Trujillo y de las universidades privadas Antenor Orrego, César Vallejo y del Norte, sobre el tema del presente proyecto de investigación se tiene como resultado lo siguiente:

- Tesis: “La Separación Convencional y el Divorcio Ulterior como un asunto No Contencioso de Competencia Notarial”, Autor. Manuel Andrés Zavaleta Vargas. UPAO 2002. La propuesta de incorporar a la Separación Convencional y el Divorcio Ulterior como un Asunto no Contencioso de competencia Notarial tiene antecedentes para incorporación a nuestro medio, para la facilitación de dicho proceso.

Hay que tener en cuenta que la ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías fue aprobada en el mes de mayo de 2008.

- **Artículos Jurídicos:**

- ✓ “El divorcio por mutuo acuerdo ante Notario, Mitos y tabúes” por Leonardo B. Pérez Gallardo. Diálogo con la jurisprudencia. Tomo 98 – noviembre 2006. No puede negarse que el Divorcio en sede Notarial, a pesar de prevalecer sobre el divorcio judicial, cada año va ganando terreno, como las propias estadísticas también lo reflejan. Si e divorcio notarial no brindara toda la seguridad jurídica necesaria para lo implicados en él, sería palpable su decrecimiento.
- ✓ “La revocación del consentimiento en la separación convencional” por Marianella Ledesma Narváez. Diálogo con la jurisprudencia. Tomo 44 – mayo 2002. El desistimiento no se presume y podrá revocarse hasta tanto el Juez no lo apruebe o surja del expediente la conformidad de lo contrario.

1.2. Justificación de la Investigación:

Al ser la familia la unidad fundamental y natural de la sociedad requiere la protección total del Estado. Por lo tanto, es necesario que las leyes busquen fomentar la unidad de la familia especificando obligaciones estatales para buscar su solidez y unirla cuando se vean separadas. Ello se comprueba con la tendencia protectora de la Constitución y de todos los dispositivos normativos que regulan las instituciones del matrimonio y la

familia; sin embargo, pueden existir ciertas deficiencias en las nuevas regulaciones jurídicas que regulan estas instituciones, tal es el caso de la Ley 29227 respecto al divorcio vía notarial y municipal, que no establece un periodo de reflexión o revocatoria del consentimiento en contraste con el Código Civil respecto al divorcio vía judicial que si lo estipula en su artículo 334.

No olvidemos que la sociedad requiere fortalecer la institución familiar, para lo cual debe propiciarse el establecimiento de hogares estables, capaces de asumir sus retos y dificultades comunes; en este aspecto, el matrimonio como institución jurídica, es la que brinda mayores garantías desde el interior y hacia afuera a sus miembros; por lo tanto, el facilitar el divorcio sin mediar ningún tipo de oportunidad de reconciliación conducirá a que los divorcios se incrementen; y que las parejas se vean impedidas de reanudar la vida conyugal ante problemas de posible superación.

De allí la importancia de la presente investigación como medio de control y complementariedad a la Ley 29227, pues por medio del presente trabajo fundamentaremos la relevancia constitucional del periodo de reflexión en el trámite de divorcio como protector del matrimonio y la familia y, por tanto, la necesidad de que se integre esta figura a la Ley antes citada.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

2.1. General:

- ¿La ausencia del periodo de reflexión o revocatoria del consentimiento en la Ley 29227 que regula el divorcio notarial y

municipal atenta contra el principio constitucional de promoción del matrimonio y la familia?

3. DETERMINACIÓN DE LA HIPÓTESIS:

a. Hipótesis.

La inexistencia del periodo de revocatoria de consentimiento en la Ley N° 29227, que regula el divorcio notarial y municipal, atenta contra el principio constitucional de promoción del matrimonio y la familia.

3.1. Variables:

3.1.1. Variable Independiente: La ausencia del periodo de reflexión o revocatoria de consentimiento en la Ley 29227.

3.1.2. Variable Dependiente: El Principio constitucional de Promoción del matrimonio y la familia.

3.1.3. Variables Intervinientes:

- Vulneración del Principio Constitucional.
- Plazo de caducidad.
- Manifestación de voluntad.

4. OBJETIVOS:

a. Objetivo general:

- Determinar si la ausencia del periodo de revocación de consentimiento en la regulación jurídica del divorcio notarial y municipal atenta contra el principio constitucional de promoción del matrimonio.

b. Objetivos específicos:

- Determinar si el periodo de revocación de consentimiento en el divorcio judicial cumple con los fines del principio constitucional de promoción del matrimonio.
- Determinar si la ley de divorcio ulterior debería establecer un plazo para revocar el consentimiento, y por tanto, ser compatible con el principio constitucional de promoción del matrimonio.

CAPÍTULO II

MATERIALES Y MÉTODOS.

2. Material de Estudio.

A. Población Universal.

Se encuentra representada por tres divisiones, una teórica, jurisprudencial y de campo.

2.A.1. Teórica:

Está conformada por obras, revistas y artículos especializados en Derecho de Familia y Derecho Notarial.

2.A.2. Jurisprudencial:

Constituida por las Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

2.A.3. De Campo:

La integra los Notarios y Alcaldes de La Libertad.

B. Población Muestral.

2.B.1. Teórica:

Está constituido por obras, revistas y artículos especializados en Matrimonio, Divorcio Municipal y Notarial.

2.B.2. Jurisprudencial:

Está constituida por las Resoluciones de la Corte Suprema en materia de Derecho de Familia.

2.B.3. De Campo:

Se encuentra constituida por los Notarios y Alcaldes de La Libertad.

C. Muestra.

2.C.1. Teórica: Por Obras, Revistas y Artículos Especializados en Separación Convencional, Divorcio Notarial y Municipal, que versa sobre la temática de Separación Convencional.

2.C.2. Jurisprudencial: Está constituido por las Resoluciones de la Corte Suprema en materia de Separación Convencional de los años 2008 a 2014.

2.C.3. De Campo: Se encuentra constituida por Notarios y Alcaldes de La Libertad.

3. Métodos.

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

3.1.1. Por su profundidad:

Consideramos que la presente investigación; por su profundidad tiene carácter:

a. Descriptiva: En tanto se orienta a describir la posibilidad jurídica de incluir un periodo de reflexión en la Ley que regula el Proceso no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías - Ley 29227, en función a los diversos supuestos que empiece a regular en caso de que se incluya en la ley antes mencionada.

b. Explicativa: Porque se propone exponer las ventajas de contar con la inclusión de este periodo en la Ley que regula el Proceso no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías - Ley 29227, además de conocer cuáles serían los beneficios de las partes de esta regulación en nuestro país y la protección del Principio Constitucional de Promoción del Matrimonio.

3.1.2. Por su finalidad:

a. Aplicada: Resulta ser de naturaleza aplicada, debido a que se busca justificar de una manera jurídica la conveniencia de incluir en la Ley que regula el Proceso no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías - Ley 29227, para lo cual se analizará y comparará con leyes extranjeras de países que cuenten con un periodo o etapa de reflexión, así mismo se realizara entrevistas a notarios y municipalidades; lo cual nos servirá para estudios posteriores de la materia.

3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

3.2.1. MÉTODO CIENTÍFICO.

La palabra Método viene del griego *methodos* (metá, al lado; odós, camino) y significa: al lado del camino. Es el camino o procedimiento adecuado para conseguir una finalidad, y es científico pues es el procedimiento intelectual o

material que se emplea para penetrar, comprender, analizar, transformar o construir un objeto de conocimiento.

El método científico, por lo tanto, se refiere a la serie de etapas que hay que recorrer para obtener un conocimiento válido desde el punto de vista científico, utilizando para estos instrumentos que resulten fiables. Lo que hace este método es minimizar la influencia de la subjetividad del científico en su trabajo. La presente investigación jurídica ha sido desarrollada a través del método científico, con el fin de analizar y transformar proposiciones referentes al tema de nuestro trabajo de investigación.

3.2.2. MÉTODOS LÓGICOS.

a. Deductivo.

Este método implica partir de bases o datos generales para llegar a una conclusión particular, utilizaremos el método deductivo para analizar diversas aristas de la problemática planteada sobre la Separación Convencional.

b. Inductivo

A partir de este método se partirá de datos particulares para llegar a una conclusión general, eso se aplicará en la medida del estudio de cada uno de los criterios de la doctrina y la Corte Suprema para la existencia de un periodo de reflexión en el Divorcio Notarial y Municipal.

c. Analítico.

En este método implica el análisis, se podría estudiar descomponiendo cada uno de los elementos que configuran la problemática de los argumentos a favor y en contra para establecer un periodo de reflexión para el Divorcio Notarial y Municipal.

3.2.3. MÉTODOS JURÍDICOS.

a. Método Doctrinario.

Este método es utilizado para seleccionar información extrayendo las distintas posturas sobre el tema a investigar, en tanto a legislación en el ámbito judicial así como leyes de países extranjeros, referidos al periodo de reflexión en el divorcio notarial y municipal.

b. Método Exegético.

Por este método se hace una paráfrasis directa del texto, es decir extraemos el significado de un texto dado, a efectos de explicar la naturaleza de las normas, pues para enfocar nuestro tema se hace necesario, en primera instancia, conocer jurídicamente tal como está regulado en la vía judicial, y posteriormente fundamentar su modificación tal como nos proponemos con la Ley que regula el Proceso no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías - Ley 29227.

c. Método Interpretativo.

Empleado esencialmente para lograr procesar información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivo general y específicos, los cuales se complementan con los métodos propios de las disciplinas jurídicas, pues normalmente las palabras de este saber no suelen corresponder igualmente al habla común, y la revocatoria del consentimiento en el divorcio notarial y municipal se justifica con el principio constitucional de promoción del matrimonio insertada en la ley que regula el Proceso no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías - Ley 29227.

d. Método Histórico.

El método, enfoque o punto de vista histórico se caracteriza con la idea de que sólo la historia permite entender adecuadamente la realidad. Sus tesis básicas son: sólo la comprensión del pasado permite entender el modo de ser y comportamiento de las cosas presentes; la realidad presente está compuesta de capas o niveles, y la más antiguas determinan a las más recientes o superficiales.

Este método nos permitió tener una visión amplia de la existencia de un periodo o plazo de reflexión en la vía judicial respecto al divorcio por causal, existente desde hace años atrás y que ahora se busca se inserte en los divorcios notariales y municipales.

4. Diseño de Contrastación de Hipótesis.

Corresponde a una investigación descriptiva simple y se aplicará la siguiente fórmula.

ESQUEMA

M
1

O
1



M
1 Necesidad de establecer un plazo de revocatoria en el Divorcio
Notarial y Municipal.

O
1 Es necesario establecer un plazo de revocatoria para el
divorcio Notarial y Municipal para salvaguardar el Principio de
promoción del Matrimonio

5. Técnicas de Investigación.

5.1. Para recolectar Información.

5.1.1. Técnica de Fichaje.

Para acumular de manera ordenada y selectiva el contenido de la información de libros, revistas especializadas consultadas y poder llevar un fichero de registro.

5.1.2. Archivos.

Consistentes en documentales referidas a las Resoluciones de la Corte Suprema en materia de Separación Convencional de los años 2008 a 2014.

5.1.3. Técnica de la Encuesta.

Que se les efectuara a los Notarios y Alcaldes de las Municipalidades de La Libertad.

6. Instrumentos de Investigación.

6.1. Para recolectar información.

A. Fichas de Registro.

- I. **Bibliográfica:** Se refiere al Autor y a su obra.
- II. **Hemerográficas:** Para el registro de revistas y periódicos.

B. .Fichas de Investigación.

- I. **Ficha Textual:** Para la transcripción literal de un pensamiento o idea.
- II. Presentan la información esencial y básica en forma condensada.
- III. **Ficha de Comentario:** Representa el aporte del lector y pone de manifiesto su creatividad. Es la más valiosa para su estudio y sobre todo para la redacción del trabajo.
- IV. **Fichas Combinadas o Mixtas:** Con fichas textuales más resumen y ficha textual más comentario.

CAPITULO III

MARCO TEÓRICO.

3.1. Evolución de la familia y el matrimonio.

El hombre es un ser conyugal. Su fundamento radica en el hecho que como ser social no sólo tiende a unirse en comunidades parentales (de manera general) sino también con otro individuo del sexo opuesto (de manera específica) con el objetivo de desarrollarse. En ambos casos el Derecho reconoce dichas uniones vinculando la primera con la familia y la segunda con el matrimonio. Esta es la razón por la cual la relación antagónica matrimonio – divorcio fue promovida por el Derecho natural. Asumiendo el criterio de Ashley Montagn tenemos que “el matrimonio puede definirse mínimamente como la unión socialmente confirmada entre el varón y la hembra que entran en la presunción de permanencia”. Estabilidad, perpetuidad, hasta que la muerte los separe, es la consigna que guía el matrimonio. La regla es lógica pues la trascendencia de la institución lo justifica. Hacernos de otra vida, es decir compartirnos con otra persona conlleva a que estas relaciones tengan un espíritu de trascendencia en el tiempo. Sin embargo, para Varsi Rospigliosi (2004), la indisolubilidad del matrimonio no ha de ser entendida como una regla general pues la unión conyugal puede debilitarse y dejar de cumplir sus fines. A punto tal que resulte más perjudicial estar unidos que separados. Con esta premisa el Derecho creó el divorcio (acto del hombre) que, conjuntamente con la muerte (acto de Dios), constituye un medio para poner fin al matrimonio (el alfa y omega conyugal), son formas de crear y delimitar la familia. (ps. 3 y 4).

El matrimonio es la institución más antigua así como la existencia del hombre, manteniendo diferentes rangos comunes a medida de que el mundo ha ido evolucionando.

La conquista fue una forma de matrimonio más conocida en el mundo, en donde los hombres conquistaban a las mujeres por medio de una guerra y después eran raptadas, un problema que traía consigo con esta institución era que las mujeres al ser raptadas tenían una situación parecida a la de los esclavos.

A medida de que iba evolucionando, aparece la figura de la compra, donde las mujeres eran vendidas por sus padres, ya no eran tomadas por la fuerza, sino a través de un mecanismo de comercialización donde la mujer seguiría siendo sometida a las órdenes del marido. Este proceso significó un avance, ya que esta situación era considerada un acto serio, es decir que dicha celebración se realizaría con la seriedad del caso, por lo que en la mayoría de ocasiones se llevan a cabo rituales y sacrificios.

- Varsi Rospigliosi (2011), manifiesta que en la época preincaica va a primar la endogamia, en donde el matrimonio se realizaba entre personas que tenían ascendencia en común, esto con la finalidad de mantener el linaje, de que la administración del imperio recaiga sólo en la raza suprema. Un dato interesante a señalar, es que la poligamia y el incesto eran considerados ilícitos para el pueblo, no obstante, para el inca eran obligatorios.

- En el 2011 Varsi Rospigliosi, menciona que, en la época romana antigua, la decisión del matrimonio se realizaba mediante la compra de las mujeres o mediante el convenio entre las distintas tribus. Más adelante, se realizará por medio de la concertación entre familias, de tal forma se mantendrá el linaje.

- Varsi Rospigliosi (2011), hace mención que, en el Derecho Medieval, la iglesia tomó la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, hecho que se reafirmó en los Concilios de Letrán (siglo XIII) y de Trento (siglo XVI), emprendiéndose la tarea de dignificar el matrimonio. El cristianismo le dio carácter sacramental e indisoluble al matrimonio, considerándolo como un contrato. Se establece como requisito de dicho sacramento, la prestación del consentimiento de los contrayentes ante la Iglesia.

“Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio. El único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios civiles”. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 34).

Friedrich Engels (1984), en su libro “El Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado”, nos habla acerca de cómo la familia ha ido evolucionando, sus normas de convivencia y su evolución en los diferentes roles de éstos. (p. 17).

“Morgan que pasó la mayor parte de su vida entre los iroqueses establecidos actualmente en el estado de Nueva York; fue adoptado por una de sus tribus (la de los senekas), encontró vigente entre ellos un sistema de parentesco en contradicción con sus verdaderos vínculos de familia.

Reinaba allí esa especie de matrimonio, fácilmente disoluble por ambas partes, llamado por Morgan familia sindiásmica” (Friedrich Engels, 1884, p. 17). La descendencia de una pareja conyugal de esta especie era patente y reconocida por todo el mundo; ninguna duda podía quedar acerca de a quién debía aplicarse los apelativos de padre, madre, hijo, hija, hermano, hermana. Pero el empleo de estas expresiones estaba en completa contradicción con lo antecedente. El iroqués no sólo llama hijos e hijas a los suyos propios, sino también a los de sus hermanos, que, a su vez, le llaman a él también padre. Por el contrario llama sólo sobrinos y sobrias a los hijos de sus hermanas, los cuáles les llaman tío.

“La Familia, dice Morgan, es el elemento activo, nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia”. “Lo mismo añade Carlos Marx sucede en general con los sistemas políticos, jurídicos, religiosos y filosóficos”. Al paso que la familia sigue viviendo, el sistema del parentesco se osifica; y mientras éste continúa en pie por la fuerza de la costumbre, la familia rebasa su marco.

Según Morgan (2011), salieron de este estado primitivo de promiscuidad, probablemente en época muy temprana:

- La familia consanguínea, la primera etapa de la familia; acá los grupos conyugales se clasifican por generaciones: Todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí.

- La familia punalúa, es el primer progreso en la organización de la familia, consistió en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual, el segundo fue en la exclusión de los hermanos.

- La familia sindiásmica, es el régimen de matrimonios por grupos, o quizás antes ya formaban parejas conyugales por un tiempo masomenos largo; el hombre tenía una mujer principal (no puede aún decirse que una favorita) entre sus numerosas, y era para ella el esposo principal entre todos las demás.

- La familia monogámica, nace de las familias sindiásmica, en el periodo de la transición entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie; su triunfo definitivo es uno de los síntomas de la civilización naciente. Se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo de cualquiera de las partes. Ahora, sólo el hombre, como regla, puede romper

estos lazos y repudiar a su mujer. También se le otorga el derecho a la infidelidad conyugal, sancionado al menos, por la costumbre (Código de Napoleón se lo concede expresamente, mientras no tenga la concubina en el dominio conyugal), y este derecho se ejerce cada vez más ampliamente, a medida que progresa la evolución social. Si la mujer se acuerda de las antiguas prácticas sexuales y quiere revocarlas, es castigada más rigurosamente que en ninguna época anterior.

3.2. Divorcio y Separación de Cuerpos.

Es la voz latina Divortium la que nos revela el origen etimológico de la expresión Divorcio; ella describe plásticamente la actitud de los cónyuges que, después de haber recorrido unidos un trecho de existencia, se alejan por distintos caminos.

“Su significado es separación, por lo que no es de extrañar que dicho término haya sido empleado tanto para referirse al divorcio vincular (divorcio propiamente dicho), como también al denominado relativo o separación de cuerpos” (Cabello Matamala, 1999, p. 31)

En 1959, los hermanos Mazeaud han definido al divorcio como la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales acerca de la vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos.

Sólo con el divorcio se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas

nupcias. Procede por las causas expresamente establecidas en la Ley, debiendo los hechos que las constituyen, ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio.

El divorcio al igual que la separación de cuerpos, debe ser declarado judicialmente; a modo de excepción, algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa.

3.3. EVOLUCION LEGISLATIVA.

3.3.1. El Código Civil de 1936

Durante esos años, la Comisión Reformadora del Código Civil preparaba el Proyecto de lo que sería el C.C de 1936. Es importante señalar que sus miembros no eran partidarios del divorcio vincular; todo lo contrario, sustentaron una tesis negadora de él. Sin embargo, en junio de 1936 el Congreso Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo la promulgación del Proyecto del Código Civil, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas que sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenían las Leyes 7893 y 7894, y las demás disposiciones legales de carácter civil, dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.

Como puede apreciarse, el Código Civil de 1936 se orientó por una tendencia divorcista, ajena a la voluntad de quienes lo prepararon, pero presente por imposición del Ejecutivo de ese momento; admitía el divorcio vincular, por las causales expresamente señaladas en el artículo 247° inciso 1 al 9 de carácter específico, aunque además consentía el mutuo disenso

(artículo 10°) como causa de separación de cuerpos, con posibilidades de una posterior conversión a divorcio.

3.3.2. El Código Civil de 1852.

Dicho cuerpo legislativo no contempla el divorcio vincular como institución jurídica, aunque nominalmente empleaba dicho término para definir luego lo que en efecto sería la separación de cuerpos:

“Artículo 191: Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”

Era el artículo 192 el que expresaba taxativamente las trece causales, por las cuales podía obtenerse este divorcio – separación, las cuales fueron en ese momento las siguientes:

1. El adulterio a la mujer.
2. El concubinato o la incontinencia pública del marido.
3. La sevicia o trato cruel.
4. Atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro.
5. El odio capital de alguno de ellos, manifestando por frecuentes riñas graves, o por graves injurias repetidas.
6. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, disipación o prodigalidad.
7. Negar el marido los alimentos a la mujer.
8. Negarse la mujer, sin graves y justas causas a seguir a su marido.
9. Abandonar la casa común, o negarse obstinadamente al desempeño de las obligaciones conyugales.
10. La ausencia sin justa causa por más de cinco años.

11. La locura o furor permanente que haga peligrosa la cohabitación.
12. Una enfermedad crónica contagiosa.
13. La condenación de uno de los cónyuges a pena infamante.

Este Código, reflejaba la posición de los cuerpos legales que lo habían inspirado, el Derecho Español y Canónico, que consagraban el matrimonio religioso con carácter monográfico e indisoluble, sustentándose por ello una actitud plenamente antidivorcista.

3.3.3. El Código Civil de 1984.

El Decreto Supremo N° 95 del 1° de marzo de 1965, estableció la Comisión que se encargaría del estudio y revisión de aquel Código. El Dr. Héctor Cornejo Chávez, quien tuvo a su cargo la elaboración del Anteproyecto del Libro de Familia, expresó en la exposición de motivos su posición contraria a la institución del divorcio, razón por la que no introdujo innovación alguna que contribuyera a robustecer la figura o ampliara sus alcances, como se observará en el desarrollo de su normativa.

El Código Civil de 1984 estableció originalmente en relación a su aspecto litigioso, en el artículo 333 del C.C, diez causales por las que en nuestro país, podía obtenerse el divorcio, los mencionamos a continuación.

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.⁴
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Las diferencias más saltantes en cuánto al régimen anterior, se hallaban en el inciso 5 referido al abandono injustificado (antes llamado malicioso) de la casa conyugal, en tanto se admite que pueda ser no continuado, siempre que sumamos los periodos de apartamiento estos exceden los dos años. Una causal que se introduce por la Comisión Revisora, incorpora expresamente en el inciso 9 a la homosexualidad

⁴ Inciso modificado por el Texto Único Ordenado del D. L 768.

sobreviniente al matrimonio como motivo de divorcio, innovación que no representa, como algunos han sostenido, una mayor apertura divorcista, por cuanto, en la práctica, los Tribunales la consideraban incurso dentro de otra causal, la conducta deshonrosa. El inciso 10 varió su texto, distinguiendo claramente, a diferencia del anterior, la condena a pena privativa de la libertad mayor de dos años, por delito doloso excluyendo expresamente al delito culposo; del mismo modo, la norma del artículo 338 impide accionar por esta causal, cuando el delito fue conocido por el otro cónyuge antes de contraer matrimonio.

Con referencia a la caducidad de la acción por divorcio, la legislación anterior establecía plazos de prescripción, que en términos eran semejantes a los actuales para las distintas causales; pero que requerían para su aplicación de la invocación expresa de la parte interesada, en la medida que la prescripción era susceptible de ser renunciada incluso tácitamente cuando había sido ya ganada, por lo que muchas demandas de divorcio por causal, a pesar de haber transcurrido el plazo de ley, podían ser declaradas fundadas. Actualmente, la caducidad plantea otras posibilidades, porque al fenecer no sólo la acción sino también el derecho, es declarada por el Juez de oficio o a petición de parte.

Los artículos del 356° al 359° establecen algunas reglas que deben observarse en este tipo de procesos; en el artículo 360 señala que las disposiciones de la Ley sobre Divorcio y Separación de cuerpos se limita al ámbito civil, dejando íntegros los deberes que la religión impone.

3.3.4. Leyes especiales.

Posteriormente, en diciembre de 1897, se establece el matrimonio civil para los no religiosos, admitiéndose que aquellos que no profesaran la religión católica pudieran contraer matrimonio, sin acogerse a las reglas que para dicho acto consignaba el Concilio de Trento.

En el Siglo XX, en 1930 y mediante los Decretos Leyes N° 6889 y 6890 del 4 y 8 de octubre de ese año respectivamente, que se establece el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes de la República, introduciéndose además el divorcio absoluto en nuestra legislación, lo que significó para entonces la asunción de una alternativa legal de “avanzada”, que generó en su momento más de una discusión.

El 22 de mayo de 1934, se promulgó la Ley N° 7894, por la cual el mutuo disenso fue comprendido como una causal más de divorcio.

3.3.5. Modificaciones introducidas por la Ley 27495.

Sin lugar a dudas es en el año 2001, mediante Ley N° 27495, que se introdujeron significativos cambios en el régimen de divorcio, incorporándose así, nuevas causales de divorcio remedio. Estas causales son:

- La separación de hecho de los cónyuges; y,
- La imposibilidad de hacer vida en común,

Previstas respectivamente en los numerales 11 y 12 del Artículo 333° del Código Civil. Tal como afirma el profesor Enrique Varsi Rospigliosi, la incorporación de estas causales de divorcio remedio fueron impulsadas por

la propia realidad social, familiar, económica y política, que hoy vive nuestro país y que tiene como finalidad poner fin a matrimonios ficticios.

Al poco tiempo, la Ley N° 27495 que añadió la modificación del artículo 319° del Código Civil modificó otras causales de divorcio, entre las cuales se ubican la separación por injuria grave (regulada en el numeral 4° y que puntualiza la imposibilidad de hacer vida en común); y, la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio (comprendiendo expresamente el SIDA). De otro lado, se modificó lo relativo al fenecimiento de la sociedad de gananciales, al establecer en el art. 319° que esto ocurre por regla general, en la fecha de la notificación con la demanda de divorcio, salvo en los supuestos previstos en los incisos 5 y 12 del art. 333°, referidos a las causales de abandono injustificado de la casa conyugal y la de separación de hecho, y en los que, fenece el régimen patrimonial de sociedad de gananciales desde el momento en que se produce la separación de hecho. Finalmente, la última modificación se da en el año 2008 en el que se promulgó una de las últimas e importantes incorporaciones realizadas a la institución del divorcio, la Ley N° 29227 , Ley que Regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, también llamada, “Ley de divorcio rápido” o conocida en otros países como “Divorcio Express”; junto con su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2008-JUS y que sin lugar a dudas permiten a los cónyuges que por mutuo acuerdo decidan finiquitar la relación conyugal, tener un mecanismo rápido y eficiente. “Se podrá advertir que la regulación del divorcio depende

irremediablemente de lo tuitiva que sea la legislación sobre el matrimonio, pues existe una conexión entre los factores religiosos y culturales de una sociedad en un determinado espacio temporal, para que el legislador opte por un sistema abierto o cerrado de divorcio, en gran medida, la posición a favor o en contra a la que se adhiera el consenso legislativo” (Asti Heredia, Areas Ureta y Vásquez Vargas – 2013. Pág. 9) Desde esa perspectiva, las tesis anti divorcio y pro divorcio albergan en el eje de su discusión, la permisibilidad más o menos intensa del divorcio. El Estado, desde nuestra perspectiva, no puede confundir su papel tuitivo con un intervencionismo en las libertades básicas de las personas, la sociedad no tiene, ni debería tener interés en mantener matrimonios que emulen una cadena forzosa para los cónyuges, es precisamente esto lo que impulsó a los Estados a trabajar hacia una simplificación de la institución del divorcio. En resumen, no cabe duda, que hoy el divorcio encuentra un sin número de mecanismos que lo dotan de una celeridad y flexibilidad cada vez más grande.

3.4. LAS NUEVAS CAUSALES DE DIVORCIO.

3.4.1. IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN, DEBIDAMENTE PROBADA EN PROCESO JUDICIAL.

a. Naturaleza Jurídica:

Intentar aproximarnos a calificar la naturaleza jurídica de esta causal resulta desde ya un desafío. Para iniciar esta tarea, resulta pertinente hacer referencia a los antecedentes de la gestación de su promulgación. En los últimos debates parlamentarios que precedieron la promulgación de la Ley N° 27495, se introdujo la discusión respecto a esta causal bajo la

denominación de incompatibilidad de caracteres, finalmente la propuesta fue incorporada, sin mayor debate público como la causal de imposibilidad de hacer vida en común.

Dicha referencia resulta pertinente al tratar de definir la causal en cuestión, a efectos de conceptualizarla como una causal genérica de divorcio quiebre, matrimonio desquiciado u otras denominaciones similares, dentro del enfoque de divorcio remedio como lo sugiere su propuesta original, puesto en el que no se distingue responsables porque no se explora culpabilidad o de otro lado como causal inculpatoria genérica; para lo cual resulta necesario la invocación por el cónyuge agraviado de un hecho o conducta no cometidos por él y que afectando los deberes conyugales, imposibilitan la vida en común, distinguiendo en esta última posición si los hechos imputables al consorte deben serlo con o también sin culpa, nota que lo distinguiría de una causal estrictamente sancionadora.

Pareciera que el sistema mixto que presenta nuestra legislación, a través de las modificaciones operadas en el régimen, conducen a calificarla más próxima a la segunda perspectiva, más aún si como se señalara la ley no le ha dado un tratamiento distinto al de causal inculpatoria, para efectos de la solicitud de conversión, no habiéndola exonerado de la invocación del hecho propio exigido para todas las causales por el artículo 335 del Código Civil, como si se ha hecho expresamente con la causal de separación de hecho.

Abundan para dicha consideración observar la regulación de dos efectos fundamentales de la disolución del vínculo matrimonial por esta

causal, como: la fijación de alimentos y la determinación de la patria potestad.

Con relación al primero, la ley no le distingue un tratamiento propio como en la causal de separación de hecho, en la que si bien no se habla de cónyuge inocente, se trata de identificar al cónyuge perjudicado, a quien se le protegerá entre otros con una pensión de alimentos, en la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal al no tener en este aspecto tratamiento adicional, tiene que asimilar su regulación a lo dispuesto por norma general en el artículo 350 del Código Civil, cesando la obligación por el divorcio, salvo que el inocente no tuviera los bienes propios, gananciales suficientes, o esté imposibilitado de trabajar, inocencia que corresponde ser establecida en sentencia, al determinarse al culpable de la causal, lo que no es posible en una causal de divorcio quiebre en donde la regulación de los alimentos, y otras consecuencias del divorcio son establecidas atendiendo criterios objetivos de carácter general, de aplicación temporal o permanente como lo es el estado de necesidad de cualquiera de ellos, o pensiones de alimentos durante el periodo inmediato a la disolución. (Ver artículo 49 al 63 del Código de la Familia de Cuba)

Por tanto, en los procesos por esta causal la disyuntiva a plantearse sería de conceptualizarse como un causal remedio, no existiendo un inocente de la misma, resultaría aplicable el primer párrafo del Artículo 350° del Código Civil, en lo que respecta a la fijación de alimentos al cónyuge, por tanto disuelto el vínculo matrimonial cesaría la obligación alimentaria para ambos sin excepciones, quedando sólo expedito el supuesto extremo

de la indigencia frente al cual incluso el culpable puede acceder a una pensión alimenticia. De otro lado, desde la perspectiva inculpatoria en esta causal, el cónyuge demandante sería acreedor alimentario, en los casos en que estableciéndose el hecho imputable al otro cónyuge en el proceso, así fuera declarado en la sentencia de divorcio, edificándose además cualquiera de los supuestos de necesidad que exige la ley. Similar disquisición se plantea en el régimen de la patria potestad, al respecto tomando nuevamente como referente la otra causal innovadora, en el caso de la separación de hecho el dispositivo modificadorio aunque deficientemente debemos entender dar un tratamiento similar de carácter remedio a lo concerniente al ejercicio de la patria potestad, determinado que es ejercida por ambos padres, encargándose la tenencia a uno de ellos.

La regulación distintiva precedente nos lleva a formularnos la siguiente crucial interrogante, ¿Cómo deberá resolver el juzgador en un proceso de separación de cuerpos o divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal, al tener que señalar por imperio de la ley el régimen de patria potestad al amparar la pretensión principal por esta causal?. De conceptualizarla como una causal divorcio remedio, al igual que en la separación convencional y separación de hecho debería disponer que ambos padres conserven la patria potestad entregándole la tenencia a uno de ellos, en caso contrario deberá siempre en la lógica de divorcio inculpatorio adicionar esta sanción al cónyuge culpable suspendiéndola de la patria potestad. Parece injusto aplicar este razonamiento a un supuesto que gestado como incompatibilidad de caracteres, puede limitar en su vigencia

un aspecto de tanta trascendencia como es la regulación de la relación paterno – materno filial. Distinciones o discriminaciones como ésta ameritan replantearnos un tratamiento distinto y propio de la regulación de la relación paterno filial a propósito del decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, que correspondan preeminentemente a los horizontes innovadores del derecho de infancia y no se les atienda como meras consecuencias civiles de la relación conyugal afectada.

3.5. LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES.

A. Definición.

En el inciso 12 del Artículo 333 del Código Civil, se introduce la tan discutida causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años si es que no tuvieran hijos menores de edad, y cuatro si los tuvieran.

La causal de ***separación de hecho*** en nuestro régimen ha merecido un tratamiento sui generis, las expectativas en las que se generó así como la difusión que incluso en algunos sectores se le viene dando aún, la avizoraban e incluso intentan presentarla como una causal objetivo del sistema divorcio remedio; no obstante como observamos su reglamentación para efectos de la configuración de la causal así como particularmente para las consecuencias de la declaración de divorcio, le imprimen un tratamiento de sesgo inculpatario (Cabello Matamala, 2009, p. 534).

Dichos criterios sancionatorios se observan ante la fijación de un monto indemnizatorio, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que

requieren la identificación de un cónyuge perjudicado, a quien el juez por mandato de ley deberá proteger, hecho que tiene que objetivarse legalmente en el proceso, pero no a partir de un acto de buena voluntad sino que procesalmente requiere invocación, debate probatorio, contradictorio, congruencia, que determinan al perjudicado ¿inocente?, en el perjuicio y la reparación en su quantum y forma.

B. Elementos de la Causal.

- i. Elemento Objetivo:** Cese efectivo de la vida conyugal, alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdos de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación.
- ii. Elemento Subjetivo:** Aunque resulte discutible que se complete en una causal de carácter objetivo la presencia del elemento intencional; nuestra legislación al acotar en su tercera disposición complementaria, un supuesto extensible a otros supuestos, de improcedencia, permite la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose por tanto a contrario, la valoración de la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación.
- iii. Elemento Temporal:** Se requiere que la separación de hecho se prolongue de modo ininterrumpido por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

3.6. ASPECTOS GENERALES DE DIVORCIO EN LA NORMATIVIDAD PROCESAL.

El Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto N° 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 (Artículo 546 inciso 2, artículo 480 y siguientes 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 de proteger el de los hijos menores de edad, desde la perspectiva de su aplicación por los tribunales.

Participación del Ministerio Público como parte en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio, enfatizando 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 al inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

El inventario valorizado sólo requerirá la firma legalizada de los cónyuges.

Los acuerdos del convenio anexo a la demanda tienen eficacia jurídica desde que se expide el auto admisorio.

La exigencia de que concurren 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.

Posibilidad de los cónyuges de revocar su consentimiento durante treinta días naturales posteriores a la diligencia de Audiencia Única. No se admite revocación 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.
- Posibilidad de los cónyuges de convertir en cualquier estado de la causa, la demanda de divorcio en una de separación de cuerpos.
- Facultad otorgada a los Jueces de declarar 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.

3.7. DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL EN EL PERU.

El 16 de mayo del 2008, el Congreso de la República del Perú, mediante Ley N° 29227 introdujo el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, aprobándose su reglamentación mediante Decreto Supremo N° 009-2008 JUS, publicado el 13 de junio de los corrientes, el que a la fecha de la elaboración, por mandato de su artículo 2 se dispuso una *vacatio* de treinta días.

En relación con el régimen legal de divorcio en el país, siguiendo este proceso flexibilizador que acotáramos precedentemente, estas últimas

disposiciones, amplían y facilitan las posibilidades de divorciarse en el Perú. Cabe señalar que esta normatividad no ha derogado la legislación sustantiva y procesal relativa a la separación convencional y divorcio ulterior judicial, el que se encuentra vigente, en todo caso los usuarios encuentran en el divorcio notarial o municipal una alternativa más a la que pueden acceder, si reúnen las condiciones requeridas para tal efecto.

El divorcio notarial o municipal exige, al igual que el judicial, que los cónyuges tengan por lo menos dos años de haber contraído matrimonio. Difiere con este último los siguientes aspectos:

- Procede cuando los cónyuges no tienen hijos menores de edad o mayores incapaces, así como cuando los cónyuges que se encuentren bajo el régimen de sociedad de gananciales carezcan de bienes, o sus relaciones patrimoniales se sujeten al régimen de separación de patrimonios.

- En caso de que los cónyuges tengan hijos menores de edad o mayores incapaces, es posible acceder por estas vías, siempre que exista pronunciamiento judicial firme respecto de la patria potestad, régimen de visitas, alimentos, interdicción, o en su defecto estas materias hayan sido objeto de conciliación de acuerdo a la Ley de la materia, N° 26872 y su Reglamento, la que exige autorización gubernamental del centro de conciliación para estos fines específicos, así como la intervención de un conciliador especializado en familia.

- En materia patrimonial, a diferencia del requerimiento judicial de inventario de bienes con firma legalizada de los cónyuges, a la vía notarial o municipal se le condiciona, de existir bienes, que el régimen de sociedad de gananciales haya fenecido, sea por una variación convencional, la que se perfecciona mediante escritura pública y su inscripción en los Registros Públicos, o el fallo judicial que de manera inculpatoria amparando la causal de abuso de facultades, dolo o culpa de uno de los cónyuges, permite al órgano jurisdiccional decretar la separación de patrimonios.

- En cuanto al procedimiento, en las tres modalidades convencionales los cónyuges acceden en primer término a la declaración de separación de cuerpos, para posteriormente, luego de dos meses, solicitar la disolución del vínculo. Divorcio que es declarado a pedido de parte, no pudiendo ser de oficio de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 354 del Código Civil y artículo 7 de la Ley N° 29227. En consecuencia, aún no podemos sostener que haya un acceso directo al divorcio convencional en nuestro régimen legal.

- Las tres vías contemplan aún la defensa cautiva, debiendo los cónyuges contar con la asesoría de un(a) abogado(a). Sólo en el caso municipal será la asesoría legal del órgano de gobierno local, quien cumplirá tal función.

- En cuanto a la competencia, tanto los notarios como las municipalidades conocerán los divorcios de aquellos cónyuges cuyo último

domicilio conyugal se encuentra bajo su jurisdicción, para lo cual se requerirá de la declaración jurada respectiva. De tal disposición se desprende que en el caso de los cónyuges cuyo último domicilio conyugal fuese en el extranjero, corresponde a los jueces tramitar y disponer el divorcio, observando dado el carácter internacional de la relación, las normas de Derecho Internacional privado establecidas en el Código Civil.

Como se observa en materia litigiosa no se ha alterado los caracteres mixtos de divorcio sancionador y remedio, habilitándose en materia convencional las otras dos posibilidades tanto notarial como municipal, además del vigente camino judicial. Creemos que al fin y al cabo las innovaciones acotadas no van a conducir a una deserción de los procesos judiciales en materia convencional, por los requerimientos específicos anotados precedentemente, quedando a voluntad de los cónyuges la elección de la vía que consideren no sólo más expeditiva, sino también más al alcance de sus economías, aspecto en el cual aún el proceso judicial tiene alguna ventaja.

Sin embargo, cabe resaltar de acuerdo con el objeto del presente trabajo que la diferencia más relevante que advertimos en las tramitaciones de los divorcios por vía judicial frente a la notarial y municipal es que en el proceso judicial aún subsiste la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges luego de la audiencia pueda revocar su consentimiento dentro de los treinta días siguientes, cuestión que no se prevé en el trámite notarial o municipal, por lo que en estos casos es suficiente mantener el consenso

hasta la audiencia que se contempla, en la que los cónyuges o sus representantes ratifican su solicitud de separación convencional.

No olvidemos que el fundamento de la revocación del consentimiento o también llamado periodo de reflexión es propender a la reconciliación conyugal a fin de proteger a la familia. Es verdad que, en la práctica judicial se advierte que tal reconciliación conyugal muchas veces no se produce. Pero ello no puede hacer perder de vista el principio constitucional de protección de la familia. Siendo así, consideramos que en el proyecto debe contemplarse idéntico plazo para revocar el consentimiento; más aún, si lo que se pretende con el proyecto es conservar el actual sistema de divorcio.

3.8. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA.

El artículo 233 del Código Civil de 1984 establece que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. (Gutierrez, 2003, p.36). Siendo así, interesa conocer cuáles son los principios constitucionales relativos a la familia.

Antes, cabe recordar que la Constitución es una norma jurídica y sus preceptos gozan de eficacia jurídica. Y no solo están dotados de un mero carácter programático, aunque este también les puede ser predicable, sino

que su efectividad se extiende también a la normativa: general vinculatoriedad y aplicabilidad inmediata.

Los principios constitucionales, los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos. En ese sentido, cuando se opera con esa reserva de configuración legal, el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido. La llamada "reserva de ley" no implica, pues, un límite a la aplicabilidad inmediata constitucional; significa tan solo la exigencia formal de ley para la regulación de determinadas materias.⁵

Los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución de 1993, son los siguientes:

- a) El principio de protección de la familia.
- b) El principio de promoción del matrimonio.
- c) El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho.
- d) El principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y ancianidad.
- e) El principio de igualdad de los hijos frente a sus padres.

⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. "Los principios constitucionales de la familia. Blog de Alex Plácido. Investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, de niños y adolescentes y de sucesiones

3.9. “A MODO DE REFLEXIÓN”

El Divorcio Notarial y Municipal, se da en nuestro país por mutuo acuerdo entre las parejas, con la finalidad de ahorrar tiempo y evitar un proceso tedioso y engorroso; como sabemos el divorcio por vía judicial se da por una de las causales estipuladas en el artículo 333 del Código Civil, dónde existe un periodo de reflexión, después de la audiencia única.

En la Ley N° 29227, existe un vacío, ya que en ninguno de sus artículos fija un periodo de reflexión para este tipo de divorcio; por otro extremo como algunos principios constitucionales del derecho, está la promoción del matrimonio y el de protección a la familia; que se entiende que el estado busca como fin primordial que la familia como núcleo de la sociedad se mantenga unida, además de buscar unir a las parejas a través del matrimonio consolidado frente a la sociedad. Si el estado busca proteger a la familia, cómo es que una ley acelera los procesos de separación entre ellas, más aún sin dar un tiempo o periodo de reflexión, como es en la vía judicial que son 30 días después de la audiencia única.

El periodo de reflexión servirá para que las parejas analicen mejor la opción de querer realmente separarse, en caso hayan llegado ya hasta la audiencia en vía notarial o municipal, ese lapso les servirá para analizar en cómo o de qué manera sus hijos se verían afectados, o en asistir a terapias de pareja; para mejorar la relación entre ambos y sus demás miembros.

CAPITULO IV

DISCUSION DE RESULTADOS

SUBCAPÍTULO I

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA INCLUIR EL PRESUPUESTO “LA AUSENCIA DEL PERIODO DE REFLEXIÓN EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL COMO ATENTATORIO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO”

FUNDAMENTO 1:

EN LA REALIDAD NACIONAL SE OBSERVA UN INCREMENTO DE DIVORCIOS NOTARIALES Y MUNICIPALES (SEPARACIÓN CONVENCIONAL).

Desde que la Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, entró en vigencia, hasta la actualidad; los divorcios en estas vías han ido incrementando en los próximos años, cada vez las parejas acuden a estas Instituciones; para tramitar su divorcio en un menor tiempo, por lo que en las notarías o municipalidades acreditadas para realizar estos trámites no fijan un periodo de reflexión, les dan todas las facilidades, siempre y cuando sea divorcio convencional o por mutuo acuerdo.

Dentro de estas dos instituciones, la que cuenta con más cifras de divorcios en los últimos años, el divorcio llevado en las Municipalidades, donde en sus estadísticas hace mención que ninguna de las parejas han revocado su consentimiento de ya no querer separarse o seguir con algún trámite que los lleve a la separación definitiva, llegando como último acto a la separación definitiva. Sin embargo, en los procesos de divorcio llevados en vía judicial, el Juez da 30 días de plazo después de la Audiencia Única, para las parejas que deseen revocar el consentimiento de querer separarse, lo cual si se da en esta vía Incluso cuando se cita para la audiencia única, algunas parejas desisten, dando abandono al proceso iniciado por mutuo acuerdo.⁶

FUNDAMENTO 2:

DEBIDO A LA EXPRESION “LA AUSENCIA DEL PERIODO DE REFLEXIÓN EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL COMO ATENTATORIO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO” CUAL DEBERÍA SER EL PERIODO DE REFLEXIÓN CONSIDERADO PARA EL DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL.

Debido a una ausencia en el periodo de reflexión en la Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, al no

⁶ Expediente Judicial N° 00761-2015-0-1601-JR-FC-01

darse un tiempo prudente para que las parejas puedan pensar mejor o tomar conciencia del acto que van a realizar, considero que el periodo de reflexión debe ser el mismo que el periodo establecido o fijado en la vía judicial, que son 30 días después de la Audiencia única, para ver si las parejas siguen con el proceso o revocan su consentimiento y de esta manera proteger tanto al matrimonio como a la familia en sí y ninguno de sus miembros se vea afectado.

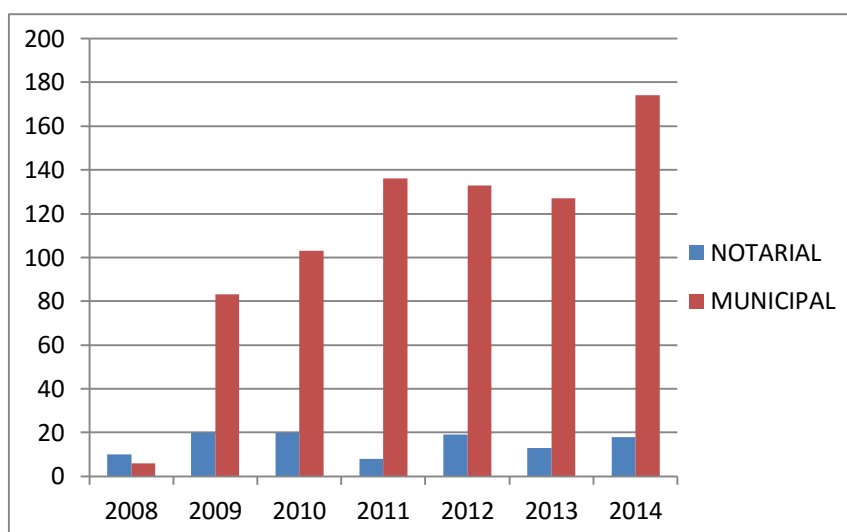
SUBCAPÍTULO II

RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

Pregunta N° 1:

¿CUÁNTOS PROCESOS DE DIVORCIO SE LLEVA A CABO HASTA EL AÑO 2014?

Cuadro N° 01.



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

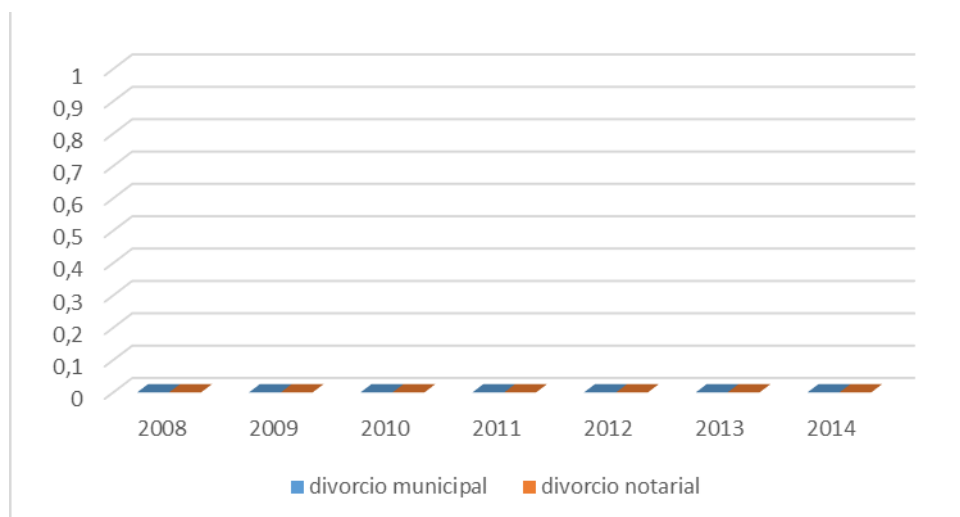
En esta primera pregunta sobre nuestro trabajo, se manifiesta que el divorcio municipal aumentado en unas cifras considerables desde que la ley entró en vigencia, a comparación del divorcio notarial que en años ascendió y en el año 2001 disminuyó en cifras.

En su mayoría confirman que es mejor la separación mediante estas dos opciones, ya que el proceso es corto y se da por mutuo acuerdo entre los cónyuges, evitando así terminar distanciados y que esto afecte más a sus hijos. Por lo que la ley debe incluir en modo de protección un periodo de reflexión en estos procesos.

Pregunta N° 2:

¿CUÁNTOS CÓNYUGES REVOCARON SU CONSENTIMIENTO?

Cuadro N° 02.



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

En el divorcio notarial y municipal, no se da hasta el momento la revocación de consentimiento, se presume que es porque las parejas acceden a estos procesos porque se da únicamente por mutuo acuerdo y no por alguna causal establecida en el Código civil.

Aunque en algunas notarías se considera que se debe dar un periodo de reflexión para las parejas que decidan revocar su consentimiento para una separación.

Pregunta N° 3:

¿OTORGA USTED, ALGÚN PLAZO DE REVOCATORIA DE CONSENTIMIENTO, LUEGO DE LA AUDIENCIA ÚNICA? DE SER LA RESPUESTA AFIRMATIVA: ¿CUÁL ES EL PLAZO QUE USTED OTORGA?

Cuadro N° 03.

INSTITUCION	RESPUESTA	PLAZO DE REVOCATORIA
Municipalidad Provincial de Trujillo.	NO	---
Notaría Parra Montero	SI	30 días

ANALISIS Y COMENTARIOS

En la Municipalidad no se brinda ningún plazo de revocatoria de consentimiento, porque la separación se da por mutuo acuerdo y se cree que las parejas están decididas a separarse definitivamente sin ninguna opción a cambiar de opinión, salvo que abandonen el acto o desistan del mismo.

En la vía notarial, esta institución en mención da un plazo de 30 días al igual que en la vía judicial, con el propósito de que las parejas tengan un tiempo considerable para que reflexionen acerca de lo que van a cometer en este caso la separación.

Pregunta N° 4:

DE SER LA RESPUESTA NEGATIVA: ¿CREE USTED QUE ES NECESARIO ESTABLECER ALGÚN PLAZO? FUNDAMENTE SU RESPUESTA.

Cuadro N° 04

INSTITUCION	RESPUESTA
Municipalidad Provincial de Trujillo.	NO
Notaría Parra Montero	SI

ANALISIS Y COMENTARIOS

La Municipalidad no brinda un plazo, se manifiesta que no es necesario que exista algún plazo para revocar el consentimiento de una separación, ya que si asisten u optan por esta vía es porque ambos están totalmente de acuerdo a que se dé por terminado el vínculo matrimonial y si en caso ya no fuera de mutuo acuerdo, entonces los cónyuges tendrían que optar por acudir a la vía judicial y llevar un divorcio por causal eligiendo u optando por cualquiera de las causales establecidos en el artículo 333 del Código Civil Peruano.

Pregunta N° 5:

SI CONSIDERA QUE SE DEBE ESTABLECER ALGÚN PLAZO PARA LA REVOCATORIA DE CONSENTIMIENTO, ¿CREE QUE DICHO PLAZO DEBERÍA SER EL MISMO QUE EL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 344 DEL C.C (30 DÍAS)? FUNDAMENTE SU RESPUESTA.

Cuadro N° 05.

INSTITUCION	RESPUESTA	PLAZO
Municipalidad Provincial de Trujillo.	NO	30 días
Notaría Parra Montero	SI	30 días

ANALISIS Y COMENTARIOS.

Para las entidades entrevistadas, señalan que si debe existir un plazo para el periodo de revocatoria de consentimiento, existiendo el plazo las parejas podrán tomar un poco de consciencia del plazo que van a dar, pues se tiene que ver o tener en cuenta acerca de las consecuencias que podría causar en los hijos, por lo que ambas están de acuerdo de que el periodo sea el mismo que establece el Código Civil para la vía Judicial, es decir que debe existir un plazo razonable de 30 días.

Pregunta N° 6:

¿CREE USTED QUE LA AUSENCIA DEL PLAZO DE REVOCATORIA DE CONSENTIMIENTO EN LA LEY 29227 ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE PROMOCION DEL MATRIMONIO?

ANALISIS Y COMENTARIOS:

Las apreciaciones manifestadas son que se ve afectado dicho principio, ya que su finalidad es lograr la estabilidad y armonía del grupo familiar, no solo como presupuesto social, sino como condición de permitir la realización humana y el desarrollo integral de cada uno de sus miembros en un clima de respeto, óptima convivencia y libre expresión de sus sentimientos y emociones. Dichos objetivos no se garantizan ni se logran manteniendo vigente el matrimonio, en aquellos casos en los que surgen diferencias, desavenencias o conflictos entre los cónyuges que hacen imposible o dificultan gravemente la convivencia y que perturban la estabilidad familiar, sometiendo a sus integrantes, entre los que se cuentan los hijos, a crecer y desarrollarse en un ambiente hostil o que afecta sensiblemente su proceso de desarrollo y formación y al no existir un periodo de reflexión todo esto se ve afectado.

SUBCAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

A. Ecuador.

Pese a que la legislación no lo plantea, los notarios pueden alentar a la pareja a una posible conciliación, lo que sí ocurre en un juzgado. Sin embargo, son pocos los matrimonios que se acogen a ese recurso.

En la investigación desarrollada por la Universidad Central, se señala que en los 1567 casos que reportó la notaría de Quito, apenas hubo dos parejas que desistieron del divorcio. En ese estudio se dice que la población encuestada desconfía de la capacidad de los notarios para conciliar. “Un 66% manifiesta que es mejor la intervención del juez civil, cuya formación y cotidianidad lo convierten en una autoridad en el tema”, se precisa en el documento universitario.

De hecho, los 65 días que tarda en resolverse una separación es porque la Ley prevé **60 días “de reflexión”**. En ese período, el matrimonio puede solucionar los conflictos y echar abajo el proceso. En los otros cinco días se despachan los trámites legales.

- **La audiencia en la notaría.**

Tras el período de reflexión, el notario convoca a una audiencia oral. En esa diligencia, los cónyuges ratifican “de viva voz” la decisión. Superado ese trámite no hay marcha atrás. El expediente va al Registro Civil y se oficializa la separación.

Notarios revelan que hay casos en los que las parejas no asisten a la audiencia. La Ley establece que, para este tipo de situaciones, se convoque a una nueva diligencia. Si hay reincidencia, el funcionario archivará el caso.

Carmen y su esposo tramitaron un divorcio por mutuo consentimiento. El notario los convocó para que declararan “a viva voz” su decisión, pero no asistieron.

Adriana Fornasini es psicóloga y trata problemas de pareja. Para ella, 60 días de reflexión son “muy poco tiempo” para solucionar una crisis. A su consultorio llegan matrimonios que tomaron la decisión de divorciarse luego de una discusión. “Cuando superan ese estado emocional y reflexionan, las parejas se reconcilian.

Pero las terapias toman tiempo. Pueden tardar meses en descubrir que sí se quieren”. La experta incluso ha conocido casos de personas que se divorcian por mutuo consentimiento, pero luego se dan cuenta que cometieron un error al separarse.

ANALISIS Y COMENTARIO:

Creemos que en la Legislación Ecuatoriana, el periodo de reflexión que se da en el divorcio notarial es considerable para las parejas que desistan o revoquen su consentimiento, si bien es cierto hay algunas parejas que se dan cuenta de que los problemas que están pasando pueden ser superables y optan por revocar su consentimiento, sin embargo los casos que acuden a

esta vía también han ido aumentando, y pocas parejas son las que han desistido o revocado su consentimiento de divorciarse.

Creemos que en Ecuador también se busca proteger a la familia y que ésta se mantenga unida, por el tiempo o el plazo que se da para la revocación de consentimiento en el divorcio notarial, con la finalidad de que las parejas reflexionen o acudan a terapias como hace mención la psicóloga, que sería lo más adecuado, porque según indica; algunas parejas después de haberse obtenido la separación definitiva legalmente, se han arrepentido del acto que han cometido, por eso es necesario que acudan a terapias de parejas para salvar su matrimonio y familia, de tal manera dar una estabilidad a sus descendientes como a ellos mismo.

SUBCAPÍTULO IV

RESULTADO DE LA CASUÍSTICA

NOTA 01:

Divorcio rápido: La mejor solución cuando se apaga el amor.

Fuente: Diario la República



Las discusiones y peleas se tornaron protagonistas de la convivencia y estas empezaron a dañar el bienestar de la pareja y de su hijo. "Fue allí cuando tocamos fondo y decidimos separarnos. No había marcha atrás", añade. En un inicio solo lo hicieron de manera verbal y luego procedieron por la vía rápida. Acudieron al municipio en el que se habían casado y emprendieron un procedimiento que, en no más de tres meses, terminó resuelto.

"Fue la mejor decisión pues no hubo más daño. Hoy mi hijo sabe que sus padres fueron capaces de resolver este problema como adultos", finaliza.

Desde que entró en vigencia la Ley N° 29227, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, en julio del 2008, la mayoría de cónyuges que decidieron terminar su unión legal optaron por el llamado divorcio rápido a través de los municipios y las notarías, sin acudir a una instancia legal. Prueba de ello es la estadística que dibuja, con el paso de los años, una curva ascendente y demuestra que solo el 2013 se inscribieron en el Reniec 9.390 divorcios en Lima Metropolitana. Ahora 7 de cada 10 divorcios se realizan por esta vía.

¿Cuántos fueron resueltos en municipalidades y notarías, y cuántos siguieron un proceso judicial? De acuerdo con la abogada del Ministerio de Justicia y encargada de acreditar a las comunas para este trámite, Beatriz del Pino, en el mencionado año se disolvieron al menos 4.388 matrimonios en estas instituciones, cifra que representa el 47% del total de divorcios inscritos en el Reniec en dicho año.

Según la letrada, desde que entró en vigencia la ley, el número de instituciones ediles autorizadas también aumentó significativamente. Actualmente Lima Metropolitana cuenta con 31 comunas que pueden ejecutar el trámite.

Como dato adicional, Del Pino añade que no todas las solicitudes que ingresan a los despachos legales de los municipios culminan con la

disolución del vínculo matrimonial. "Muchos dejan el trámite a mitad del camino, no acuden a las audiencias o se amistan".

Si hablamos de solicitudes ingresadas, un promedio de 7.344 cónyuges manifestaron en las municipalidades su intención de separarse, sin embargo 4.690 de ellos solo culminaron la primera etapa, es decir, llegaron a un acuerdo respecto de la separación de los bienes y solo 4.388 parejas dieron por finalizado la unión.

Con el paso del tiempo, los inconvenientes presentados para el cumplimiento de la ley también han sido superados. Lo único que falta afinar es el envío del reporte anual de los divorcios realizados, pues si bien los municipios están obligados a enviar esta data, no todos lo hacen.

Por esta razón se estima que el número de divorcios realizados en las comunas en el 2013 podría ser mayor.

Análisis y comentario.

En el Perú, existen casos en el que algunas parejas después de haber llevado muchos años de matrimonio y por la imposibilidad de seguir haciendo vida en común, deciden por mutuo acuerdo separarse, optando en ocasiones por el divorcio ya sea por vía notarial o municipal, siendo un proceso más corto que dura tres meses, las parejas optan por este medio siempre y cuando sea por mutuo acuerdo entre ambos, algunas parejas refieren que es una mejor manera de separarse sin que los miembros se vean afectados, haciendo mención de que si no hay una buena relación, optar por la separación es lo más saludable para ambos.

Los casos de separación han ido incrementando y se cree que en los próximos años incrementara en mayor número, pues hasta la fecha los matrimonios registrados en estas vías han ido incrementando año por año en todas las municipalidades acreditadas para llevar esta separación, así como en las municipalidades.

NOTA 02:

Cuando se inicia el divorcio por mutuo acuerdo, no hay marcha atrás.

Fuente: Notaría Parra Montero.



La Doctora Marianela Susana Parra Montero, Notaria Pública de la ciudad de Trujillo, de la Notaría Parra Montero, ubicada en el centro de Trujillo, explica acerca del divorcio Municipal y Notarial; da a conocer que el divorcio en estas entidades (Municipalidad y Notarías) sólo se atienden casos de divorcio cuando no tienen ningún tipo de causal, es decir que acuden a esta vía por mutuo disenso, en el caso de que existieran bienes de por medio, la pareja hasta ese entonces debe haber hecho una repartición de bienes y en el caso de los hijos una conciliación respecto a la materia de alimentos, tenencia, régimen de visitas.

Hace mención que en Ley que regula el Procedimiento no Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías - Ley N° 29227, no especifica un periodo de revocatoria, si es que comparamos con la vía judicial, quien establece 30 días de plazo para revocar su consentimiento, contados después de la audiencia única. Por ejemplo, si una pareja acude con la intención de querer separarse, tienen ya acuerdos de por medio respecto a los bienes o los hijos en caso de tenerlos, una vez que inician el proceso por vía notarial, no pueden revocar su consentimiento, aunque ellos quisieran, ya no hay marcha atrás, el proceso se continúa. En nuestra institución se les da los alcances previos de lo que es todo el proceso a seguir de divorcio, y ellos deciden si desean continuar con el proceso antes de iniciarlo, pues a criterio personal, creo que debe existir un periodo y debería ser el mismo que en la vía judicial, porque cuando llegan a la audiencia en esta vía, sólo les queda seguir con el proceso, dudando en pocas ocasiones de querer seguir con todo el trámite por sus hijos y llegar a su objetivo, que es el divorcio.

Análisis y comentario:

Los procesos de divorcio en la vía notarial, a causa de no contar con un plazo de reflexión para la pareja que decidió separarse definitivamente, y ésta desee abstenerse de separarse una vez iniciado el proceso, ya no va a poder, si bien es cierto todos los que acuden a esta vía son sólo por mutuo acuerdo o por mutuo disenso, cabe la posibilidad que aun siendo así, en

algún momento deseen retomar su relación o dejar el proceso definitivamente, sólo les queda seguir, ya que al no existir un plazo, la única forma sería un abandono o desistimiento, pero con la finalidad de proteger a la familia y al matrimonio debería existir un periodo de reflexión, en caso de que existan parejas que en el último de los casos, después de haber llegado a conversaciones, podría ser que deseen tomar terapias de pareja por el bienestar de ellos como de sus hijos, esto es como ya se hizo mención, sólo en las parejas que deseen seguir juntos, una vez iniciado el proceso de divorcio por la vía notarial o municipal, no se cuenta con registros de la existencia de parejas que hayan revocado su consentimiento, pues como bien dijo la Doctora Parra, una vez iniciado el proceso ya no hay marcha atrás.

CAPITULO V

DISEÑO DE CONTRASTACIÓN

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que he arribado en el presente trabajo de investigación, son las siguientes:

PRIMERA:

Si existiera un plazo de revocatoria de consentimiento en el divorcio municipal y notarial, las familias seguirán estando protegidas por el Estado, mediante el principio de promoción del matrimonio; por ser una institución fundamental de la sociedad.

SEGUNDA:

Con el Principio de Promoción del Matrimonio se busca amparar y proteger esta institución; es por eso que se debe fomentar la celebración del matrimonio, así como propiciar la conservación de tal vínculo; por lo que al insertarse el periodo de revocación, se estaría cumpliendo con proteger este principio.

TERCERA:

La ausencia del periodo de revocación de consentimiento en los divorcios llevados en vía notarial y municipal, facilitan a que las parejas se divorcien; a pesar de ser por mutuo acuerdo, los hogares se ven afectados por algún tipo de reajuste familiar económico y/o social, como las necesidades propias derivadas de cada una de ellas al tratar de formar una nueva.

CUARTA:

El Estado al insertar el mismo plazo de revocatoria de consentimiento de divorcio de la vía judicial a la “Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías”, Ley 29227 estaría cumpliendo con dar una mayor estabilidad al matrimonio y a la familia, pues tendría un ordenamiento jurídico unitario.

QUINTA:

El Principio de Protección a la familia debe entenderse como un principio de protección, no sólo a las familias que tienen como base el matrimonio o la unión de hecho, sino también a aquellas uniones de seres humanos que responden a realidades y vivencias distintas.

RECOMENDACIONES.

PRIMERA:

Se sugiere que el proceso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior al no presentar conflicto de intereses entre los cónyuges, podría ser incluido dentro de la llamada “Jurisdicción Voluntaria” o Competencia Notarial en Asuntos No Contencioso; siempre y cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o personas declaradas incapaces a su cargo, por lo que esta competencia debe permanecer al ser ya existente.

SEGUNDA:

La separación convencional y divorcio ulterior deberá ser ejercida conjuntamente por ambos cónyuges, debiendo ser tramitada como un asunto no contencioso de competencia notarial, siempre y cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o personas declaradas incapaces a su cargo, en caso contrario, de que si lo tuvieran se tramitara ante Juez de Familia.

TERCERA:

Se recomienda establecer que la formalización de los Asuntos No Contenciosos o “Actos Voluntarios”, se deban realizar ante el Poder Judicial sólo por excepción.

CUARTA:

Se sugiere seguir aquella tendencia por la cual los Jueces Asumirán la formalización de los procedimientos no contenciosos sólo en los casos de ausencia o impedimento de los Notarios y a su vez establecer la obligación de los Notarios de informar documentadamente a los Jueces de los asuntos con vocación litigiosa que se susciten entre ellos, derivados de la formalización de los actos no contenciosos, expresando su posición como Fedatario frente a los mismo.

SUGERENCIA LEGISLATIVA

Actual Texto Normativo:

Artículo 6 de la Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías (Ley N° 29227).

TEXTO ACTUAL.

El alcalde o notario que recibe la solicitud, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5, luego de lo cual, en un plazo de quince (15) días, convoca a audiencia única.

En caso de que la separación convencional y divorcio ulterior se solicite en la vía municipal, se requerirá del visto bueno del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos.

En la audiencia los cónyuges manifiestan o no su voluntad de ratificarse en la solicitud de separación convencional.

De ratificarse, el alcalde o notario declarará la separación convencional por resolución de alcaldía o por acta notarial, según corresponda.

En caso de inasistencia de uno o ambos cónyuges por causas debidamente justificadas, el alcalde o notario convoca a nueva audiencia en un plazo no mayor de quince (15) días.

De haber nueva inasistencia de uno o ambos cónyuges, declara concluido el procedimiento.

Propuesta Normativa:

Artículo 6 de la Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías (Ley N° 29227).

TEXTO ALTERNATIVO.

El alcalde o notario que recibe la solicitud, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5, luego de lo cual, en un plazo de quince (15) días, convoca a audiencia única.

En caso de que la separación convencional y divorcio ulterior se solicite en la vía municipal, se requerirá del visto bueno del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos.

En la audiencia los cónyuges manifiestan o no su voluntad de ratificarse en la solicitud de separación convencional, en caso de manifestar su voluntad, las partes podrán revocar su consentimiento dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la audiencia.

De ratificarse, el alcalde o notario declarará la separación convencional por resolución de alcaldía o por acta notarial, según corresponda.

En caso de inasistencia de uno o ambos cónyuges por causas debidamente justificadas, el alcalde o notario convoca a nueva audiencia en un plazo no mayor de quince (15) días.

De haber nueva inasistencia de uno o ambos cónyuges, declara concluido el procedimiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Bibliográficas.

- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2009). Publication Manual of the American Psychological Association. (6th ed.). Washington, D.C.: American Psychological Association.
- CABELLO MATAMALA, Carmen Julia (1999). “Divorcio y Jurisprudencia en el Perú”. Segunda Edición. Perú: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. (2009). “El Divorcio en el Derecho Iberoamericano”. Primera Edición. España: Editorial Reus (Tarragona): SIGEF. Temis.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999). “Derecho Familiar Peruano”. Volumen I. 10ª Edición. Perú. Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- ENGELS, Friedrich (1884). “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y El Estado” 13ª Edición. Moscú – Rusia: Editorial Progreso.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (2003). Código Civil Comentado por los 100 mejores juristas. Volumen VII. Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

- MÉNDEZ COSTA, María Josefa (2006). “Los Principios Jurídicos en las Relaciones Familiares”. Primera edición. Argentina: Editorial Rubinzal – Culzoni.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2002). “Derecho de Familia en el Código Civil”. 3ra Edición. Lima: Editorial Idemsa
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (2006). “El divorcio por mutuo acuerdo ante Notario, Mitos y tabúes”. Tomo 98. Diálogo con la jurisprudencia. Argentina: Editorial Temis S.A.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2003) Código Civil comentado por los Cien Mejores Juristas. Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2002). “Manual de Derecho de Familia – Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia”. Segunda Edición. Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- RODRIGUEZ TORRENTE, Jesús. (1996) “Familia y Política: Controversias y Futuro”. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.
- SCHREIBER PEZET, Max Arias (2006). “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo II y III. Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

- S. JARA, Rebeca y GALLEGOS, Yolanda (2014). “Manual de Derecho de Familia”. Edición Enero de 2014. Perú: Editorial Jurista Editores E.I.R.L.
- TAYA RUTTI, Patricia. Código Civil comentado por los Cien Mejores Juristas. Tomo II. Primera Edición. Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). “Tratado de Derecho de Familia – La nueva teoría institucional y jurídica de la familia”. Primera Edición. Tomo I. Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). “Tratado de Derecho de Familia – Matrimonios y Uniones de Hecho”. Primera Edición. Tomo II Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2004) “Divorcio, Filiación y Patria Potestad”. Primera Parte. Perú: Editorial Grijley.

Revistas.

- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. (2002) “La revocación del consentimiento en la separación convencional”. Diálogo con la jurisprudencia. Tomo 44.

- Revista Diálogo de la Jurisprudencia N° 19 de Abril del año 2000.
Página 162.

Páginas web.

- ACEVEDO, Carmen Amelia. (2010). "Referencias estilo APA". 5ta edición. Recuperado el 13 de julio de 2016, de <http://carmenamelia4.wordpress.com/2010/03/22/referencias-estilo-apa-5ta-edicion/>
- Asti Heredia José Nicolás, Arias Ureta Piero Renato, Vásquez Vargas Cindy Grace. (2013). "Un estudio empírico sobre los efectos del Divorcio Rápido en el Perú". Recuperado el 29 de julio de 2016, de http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/investigaciones_centros/PAPER%20SOBRE%20LOS%20EFECTOS%20DEL%20DIVORCIO%20EN%20EL%20PERU%20-%20VERSION%20FINAL%20FINAL%20FI....docx.
- Los Principios Constitucionales del Derecho de Familia. Poder Judicial. Recuperado el 03 mayo de 2016, de <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c65c310046e11e8c9cc09d44013c2be7/Los+principios+constitucionales+del+derecho+de+familia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c65c310046e11e8c9cc09d44013c2be7>

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. “Los principios constitucionales de la familia. Blog de Alex Plácido. Investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, de niños y adolescentes y de sucesiones. Recuperado el 29 de abril de 2016, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/>

ANEXOS

ANEXO I.

ENTREVISTA SOBRE DIVORCIO NOTARIAL Y MUNICIPAL

Apellidos y Nombres.....
Institución:.....
Cargo.....
Ciudad..... Fecha.....

1. ¿Cuántos procesos de Divorcio llevo a cabo en el año desde el año 2008 al 2014?

.....
.....

2. ¿Cuántos cónyuges revocaron su consentimiento?

.....
.....

3. ¿Otorga usted, algún plazo de revocatoria de consentimiento, luego de la audiencia única? De ser la respuesta afirmativa: ¿Cuál es el plazo que usted otorga?

.....
.....

4. De ser la respuesta negativa: ¿Cree usted que es necesario establecer algún plazo?, fundamente su respuesta.

.....
.....
.....

5. Si considera que se debe establecer algún plazo para la revocatoria de consentimiento, ¿Cree que dicho plazo debería ser el mismo que el establecido en el Art. 344 del C.C. (30 días)? Fundamente su respuesta.

.....
.....
.....

6. ¿Cree usted que la ausencia del plazo de revocatoria de consentimiento en la ley 29227 atenta contra el Principio de Promoción del Matrimonio?

.....
.....
.....

ANEXO II.

Gráfico de Divorcios Notariales desde el año 2008 hasta el año 2014.

Fuente: Notaría Parra Montero.

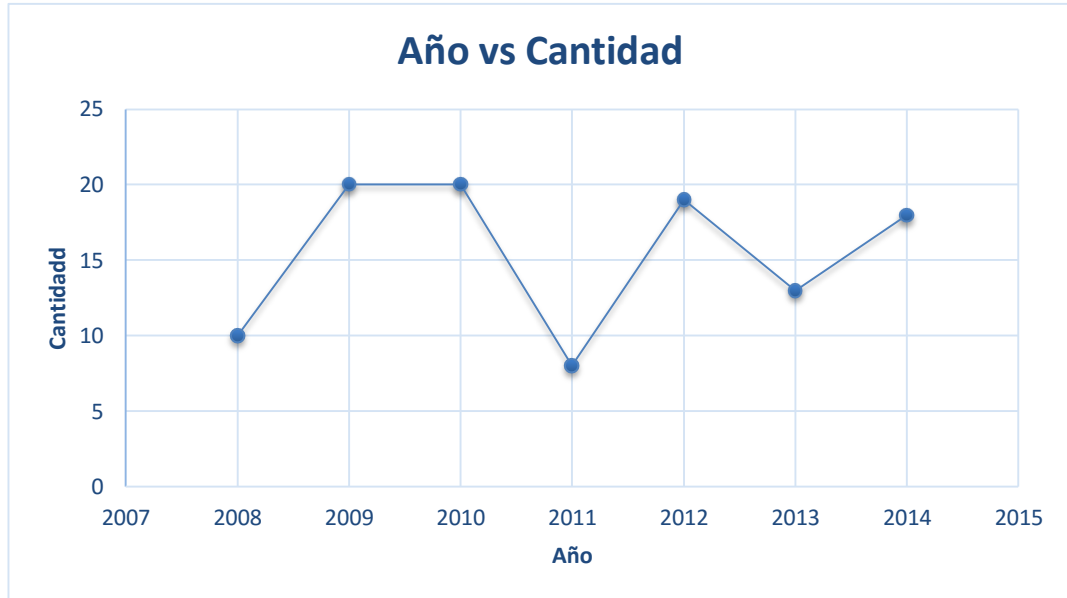
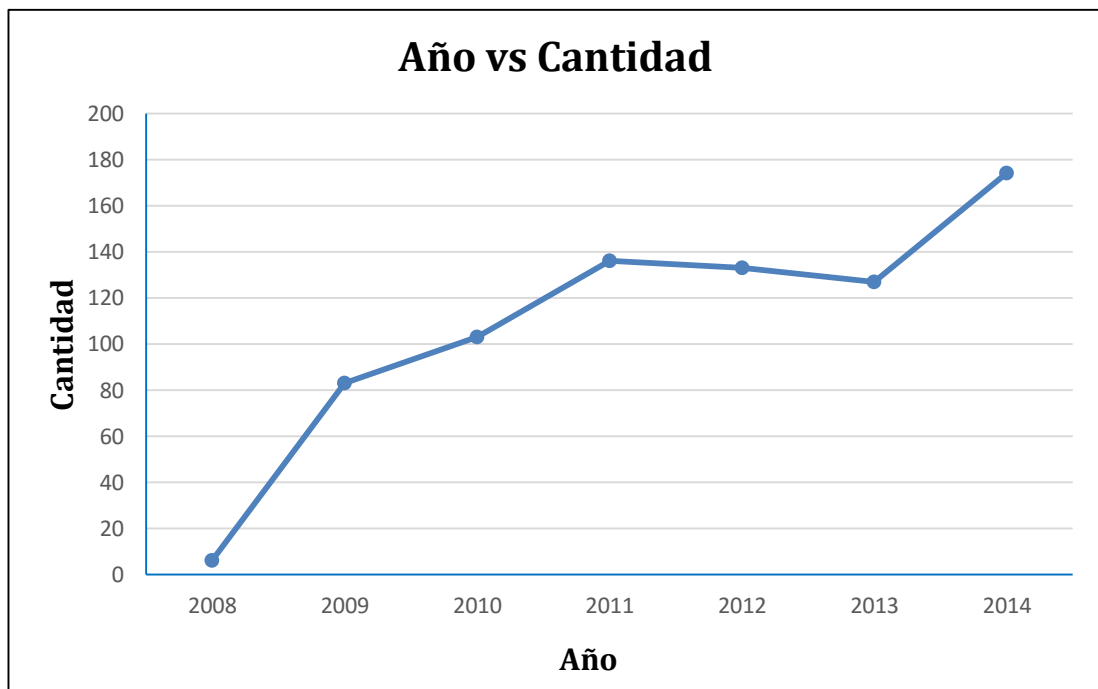


Gráfico de Divorcios Municipales desde el año 2008 hasta el año 2014.

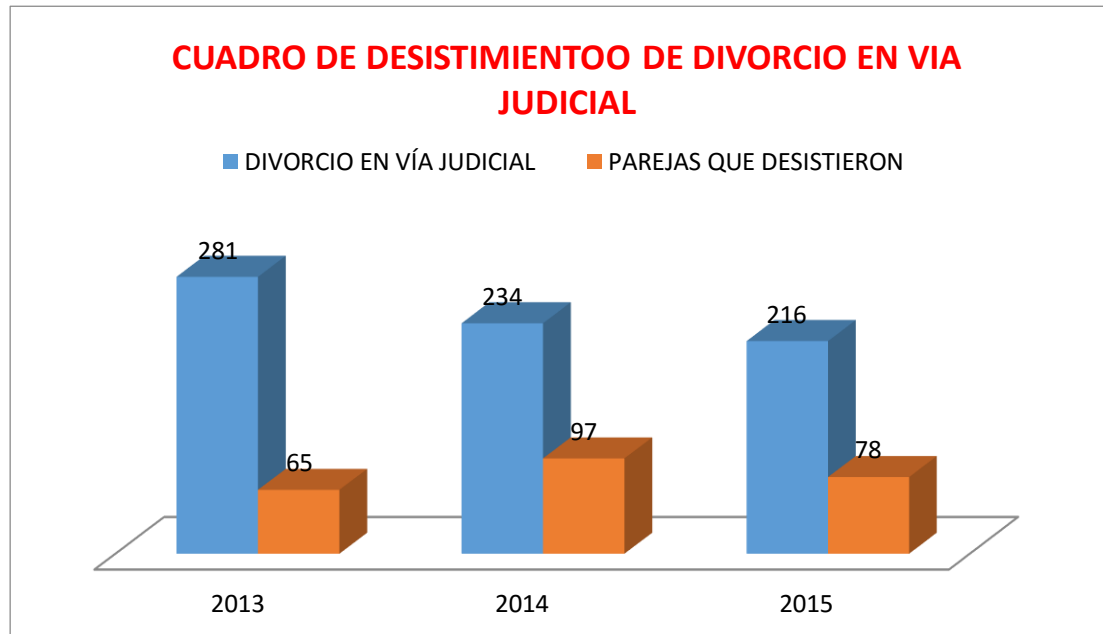
Fuente: Municipalidad Provincial de Trujillo.



ANEXO III.

Gráfico de Divorcios y Desistimiento de Divorcio en vía Judicial de los años 2013, 2014 y 2015

Fuente: Oficina de Estadística del Distrito Judicial de La Libertad



ANEXO IV.

Resolución de Divorcio Municipal emitido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores.



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE
SAN JUAN DE MIRAFLORES

RESOLUCION DE ALCALDIA N° 000457 - 2011-MDSJM-A

San Juan de Miraflores, 05 de Abril de 2011

EL ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN DE MIRAFLORES

VISTO:



El Expediente N° 7199-11, de fecha 21 de Marzo de 2011, presentado por los cónyuges Don **ELMER MIGUEL AGUIRRE PRADO** y Doña **MARIA VIRGINIA BAZAN PRETEL**, representada por su Apoderada **CORNELIA MIRELLA GARGATE GOMERO**, solicitando la Separación Convencional y Divorcio Ulterior; el Acta de Audiencia Única de Separación Convencional de fecha 30 de Marzo de 2011, y;

CONSIDERANDO:

Que, los Artículos 194° y 195° de la Constitución Política del Estado, modificados mediante Ley N° 27680 (Ley de Reforma Constitucional), concordantes con el Artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, señalan que los Órganos de Gobierno Local son las Municipalidades Provinciales y Distritales, las cuales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, autonomía que debe ser ejercida con sujeción al ordenamiento jurídico imperante;



Que, a través de la Ley N° 29227 y su Reglamento Decreto Supremo N° 009-2008-JUS, se regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías;

Que, mediante Ordenanza N° 000077-2008-MDSJM, y su modificatoria Ordenanza N° 000082-2008-MDSJM, ratificada por Acuerdo de Concejo N° 465 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 24 de Octubre de 2008, que regula e incorpora al Texto Único de Procedimientos Administrativos TUPA de la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, el Procedimiento No Contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior y sus respectivos derechos, según lo establecido en la Ley N° 29227 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2008-JUS;

Que, mediante Expediente N° 7199-11, de fecha 21 de Marzo de 2011, los cónyuges Don **ELMER MIGUEL AGUIRRE PRADO** y Doña **MARIA VIRGINIA BAZAN PRETEL**, representada por su Apoderada **CORNELIA MIRELLA GARGATE GOMERO**, solicitan la Separación Convencional y Divorcio ulterior, cumpliendo con presentar los requisitos exigidos en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 009-2008-JUS;

Que, conforme a lo señalado por el Artículo 3° de la norma citada pueden acogerse a lo dispuesto en la Ley los cónyuges que, después de transcurridos dos (02) años de la celebración del matrimonio, decidan solicitar su separación convencional y divorcio ulterior;



Que, del Acta Matrimonial presentada obrante en fojas ocho, se desprende que el matrimonio civil se celebró el 30 de Abril de 1987, habiendo transcurrido más de dos años de su celebración, por lo que cumple con el requisito establecido en la norma citada;



Que, de conformidad con lo previsto en los dispositivos legales que regulan el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades, Ley N° 29227 y su Reglamento D.S. N° 009-2008-JUS, las Municipalidades están facultadas a tramitar las solicitudes de Separación Convencional y Divorcio Ulterior, previa acreditación ante la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia, lo que ha efectuado la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, como consta en la Resolución Directoral N° 001-2009-JUS/DNJ de fecha 06 de Enero de 2009;

Que, mediante Resolución de Alcaldía N° 000396-2011-MDSJM-A, de fecha 28 de Marzo de 2011, se declaró la Admisión de la solicitud de Separación Convencional presentada por Don **ELMER MIGUEL AGUIRRE PRADO** y Doña **MARIA VIRGINIA BAZAN PRETEL**, representada por su Apoderada **CORNELIA MIRELLA GARGATE GOMERO**, dejando aclarado que es de única y exclusiva responsabilidad de los mismos, cualquier trasgresión a la ley, en relación a la veracidad de los hechos que ellos afirman, en cuyo caso asumirán los efectos de cualquier responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera corresponderles;



Que, en la Audiencia Única realizada a las 15:00 horas del día 30 de Marzo de 2011, ante los Funcionarios autorizados por el Municipio mediante Resolución de Alcaldía N° 000053-2001-MDSJM-A, los cónyuges Don **ELMER MIGUEL AGUIRRE PRADO** y Doña **MARIA VIRGINIA BAZAN PRETEL**, representada por su Apoderada **CORNELIA MIRELLA GARGATE GOMERO**, han ratificado su expresa voluntad de separarse convencionalmente, suscribiéndose el Acta de Audiencia Única de Separación Convencional correspondiente; y;

Estando a lo expuesto; y, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29227 y su Reglamento Decreto Supremo N° 009-2008-JUS, en concordancia con la Ordenanza Municipal N° 000077-2008-MDSJM, modificada por la Ordenanza Municipal N° 000082-2008-MDSJM, y con el Artículo 20° inciso 6) de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la solicitud de Separación Convencional y, en consecuencia **LEGALMENTE SEPARADOS** a los cónyuges Don **ELMER MIGUEL AGUIRRE PRADO** y Doña **MARIA VIRGINIA BAZAN PRETEL**, representada por su Apoderada **CORNELIA MIRELLA GARGATE GOMERO**, **Suspendiéndose** los deberes relativos al lecho, mesa y habitación, quedando **subsistente** el Vínculo Matrimonial, y fenecido el Régimen Patrimonial de la Sociedad de Gananciales de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO.- Notifíquese la presente Resolución a las partes involucradas y remítase los actuados a la Oficina de Separación Convencional y Divorcio Ulterior.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE
SAN JUAN DE MIRAFLORES
Abog. Ruth Jacqueline Ramirez Delgado
Gerencia de Secretaria General

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE
SAN JUAN DE MIRAFLORES
DR. ADOLFO OCAMPO VARGAS
ALCALDE

ANEXO V.

Actualidad Jurídica: Artículo sobre Divorcio rápido en sede municipal.
Necesidad de una urgente reforma y aclaración.





Divorcio rápido en sede municipal Necesidad de una urgente reforma y aclaración

Jorge

ANDÚJAR^(*)

SUMARIO:

Introducción. I. De la necesidad de delegación de las facultades de los alcaldes. II. De la necesidad de aclarar el plazo para presentar solicitud de divorcio ulterior. III. Propuesta legal.

MARCO NORMATIVO:

- Código Civil: art. 260.
- TUO del Código Procesal Civil: arts. 147 y 580.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (11/04/2001): arts. 3, 10, 16, 68 y 74.
- Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 (27/05/2003): art. 19.
- Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, Ley N° 26662 (22/09/1996): art. 1.
- Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, Ley N° 29227 (16/05/2008).
- Reglamento de la Ley que regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, Decreto Supremo N° 009-2008-JUS (13/05/2008): art. 13.

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Ley N° 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias (en la Ley), constituyó la respuesta por parte Estado al pedido de un importante segmento de ciudadanos que buscaban un procedimiento económico, rápido y accesible con el fin de regularizar su estado civil en el Perú.

Antes de la promulgación de la Ley, los cónyuges que requerían separarse o divorciarse debían transitar necesariamente por la engorrosa, costosa e imprevisible vía judicial. Ahora, en los casos en que no exista controversia o litis, es decir, cuando obre una conciliación entre ambos cónyuges (en caso de tener hijos menores o mayores incapaces) sobre patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos, tienen la opción de escoger el camino municipal o notarial, los cuales les

TEMA RELEVANTE

El presente artículo consiste en una crítica contra la Ley del "divorcio rápido" en las municipalidades, la cual se centra en dos aspectos: la indelegabilidad de la facultad de tramitar el procedimiento por parte del alcalde y la contabilización del plazo para que los cónyuges soliciten el divorcio desde la emisión de la resolución de alcaldía que declara la separación. A criterio del autor –quien se anima a lanzar una propuesta legislativa–, debería existir la posibilidad de delegar esta facultad a otro funcionario y el plazo debería ser contado a partir de la notificación a los cónyuges.

proporcionan a ellos y a la sociedad en su conjunto mejores resultados.

De este modo, a la fecha, más de ciento veinticuatro (124) municipalidades, distritales y provinciales, con expresa autorización del Ministerio de Justicia, además de las decenas de notarias que operan en todo el país, han devenido competentes para conocer y resolver el procedimiento no contencioso de separación y disolución del vínculo matrimonial.

Además, siguiendo una clara tendencia a la desjudicialización de asuntos administrativos o de apoyo a la denominada jurisdicción voluntaria en sede extrajudicial, marcada nitidamente desde la Ley N° 26662 (Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos), se ha contribuido a concentrar al Poder Judicial en dirimir los asuntos contenciosos que son los realmente trascendentes y propios de la función jurisdiccional.

Sin embargo, observamos algunos graves defectos e imprecisiones en la Ley que están introduciendo inseguridad y causales de nulidad a las resoluciones definitivas en sede municipal poniendo en riesgo miles de

separaciones y divorcios que se dictan a diario en todo el país, por lo que se requiere urgentemente modificaciones y aclaraciones.

La más importante consiste en permitir claramente la delegación de funciones del alcalde a un funcionario municipal, que podría ser el encargado de los asuntos de estado civil o quien haga sus veces y que en forma apresurada y equivocada, numerosas municipalidades han asumido de facto, viciando de nulidad los actos de separación y/o divorcio dictados hasta la fecha y poniendo en inestabilidad jurídica a los solicitantes de este servicio público.

En efecto, se tiene conocimiento de que muchas municipalidades acreditadas en el país para estos procedimientos, en su afán de desconcentrar y dotar de celeridad, eficacia y economía procesal, han procedido a delegar en diversos funcionarios de la comuna (generalmente al Gerente Municipal o Gerente de Estados Civiles) la competencia en estas materias. Estos actos están originando que las miles de resoluciones que han declarado separaciones y divorcios se encuentren afectadas de nulidad absoluta al haber

(*) Magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actual candidato al grado académico de doctor en la misma casa de estudios. Profesor universitario en diversas facultades de Derecho y de posgrado desde hace más de diez años.

sido emitidas por autoridad incompetente conforme lo determina los artículos 3 y 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

A continuación, fundamentaremos mejor esta urgente modificación de la ley de la materia.

I. DE LA NECESIDAD DE DELEGACIÓN DE LAS FACULTADES DE LOS ALCALDES

1. El artículo 3 de la Ley determina como única persona competente para este procedimiento convencional al alcalde, ya sea distrital o provincial. La competencia atribuida a este funcionario público, elegido por votación popular, tiene, entonces, naturaleza *intuitu personae* (personalísima), es decir, indelegable e insustituible por mandato de la ley.

Es el alcalde quien, de forma exclusiva y excluyente, goza de la competencia para conocer y resolver, mediante resolución, respecto de los procedimientos no contenciosos de separación de cuerpos y posterior divorcio.

2. El artículo 6 de la Ley determina los actos en los cuales debe participar el alcalde de manera personal, expresa y obligatoria, los cuales resumimos:

- Convocar a la audiencia única y estar presente en ella.
- Declaración mediante Resolución de Alcaldía de la separación convencional.
- Declaración mediante Resolución de Alcaldía del divorcio ulterior.

3. La delegación de competencia de facto aludida, que se está produciendo de hecho en distintos municipios de Lima y provincias, colisiona con el principio de legalidad aplicada a la Administración Pública, que se consagra en la máxima "*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*" (lo que no está permitido está prohibido).

Esta expresión denominada también "vinculación positiva de la administración a la ley" enmarca la actuación del funcionario público a solo lo descrito y permitido en la norma y a la prohibición de todo acto que no esté expresamente identificado en la norma que regula su actividad.

Sobre el principio de legalidad, Eduardo García de Enterría afirma:

"(...) la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites,

apodera, habilita a la Administración para su acción, confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción, administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la administración no puede actuar, simplemente"⁽¹⁾.

4. Así como la ley y la doctrina son sumamente claras al determinar la imposibilidad de delegación de facultades sin norma expresa que así lo señale, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también lo ha puntualizado y sancionado en el mismo sentido. En efecto, el principio de legalidad aplicado a la Administración Pública se encuentra en la ejecutoria N° 135-1996 AA/TC.

"(...) el principio invocado (legalidad) por el demandante supuestamente conculcado: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" **no se aplica en las relaciones jurídicas de derecho público, en el cual el funcionario tiene que limitarse a las funciones de su competencia expresamente establecidas** (...) "⁽²⁾.

5. El Ministerio de Justicia, frente a una puntual consulta que le hiciera la Municipalidad de La Victoria, ante un pedido de inscripción de la Municipalidad de Santa Anita de un divorcio emitido por un funcionario delegado por el alcalde de dicha comuna, ha ratificado mediante Informe N° 17-2010-JUS la imposibilidad de delegación de una atribución que la ley ha designado expresa y únicamente al alcalde.

Asimismo, sostiene que no se trata propiamente de un procedimiento administrativo, sino un procedimiento no contencioso o de

jurisdicción voluntaria de naturaleza jurídica distinta⁽³⁾.

6. Sin perjuicio de lo expuesto, la concentración de estos procedimientos en el alcalde origina una excesiva concentración y carga burocrática en la máxima autoridad política del municipio y no se encuentra acorde con los principios de celeridad y desconcentración recogidos en la Ley N° 27444, impidiendo que la ley sea eficiente y cumpla a cabalidad sus propósitos⁽⁴⁾.

La intervención **personalísima** del alcalde en estos procedimientos implica una burocratización innecesaria que repercute en la calidad, oportunidad y seguridad del servicio que debe tener la Administración Pública moderna. Esta traba se hace más evidente cuando el Reglamento de la Ley dispone en sus artículos 12 y 13 el plazo perentorio y reducido de cinco (5) días para emitir la Resolución de Alcaldía que declara tanto la separación convencional como el divorcio ulterior.

7. Un ejemplo tangible de la potestad de delegación que tiene el alcalde en asuntos de derecho de familia, lo encontramos en el procedimiento de matrimonio civil. En efecto, el Código Civil en su artículo 260 permite en forma expresa la delegación de la facultad de celebración de matrimonio a otros regidores, funcionarios municipales, directores y otras personas⁽⁵⁾.

Es justamente bajo este marco que operan casi todas las municipalidades en el país que celebran matrimonios y emiten los certificados correspondientes. Si estos actos matrimoniales se concentraran exclusivamente en el Alcalde (como sucede en procedimiento bajo análisis), entonces el sistema no tendría el alcance y la extensión que actualmente tiene.

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 12ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 448.

(2) STC N° 135-2006 AA/TC, f. j. 3.

(3) Cfr. Informe citado de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia del 24 de mayo de 2010.

(4) Ley N° 27444

Artículo 74. Desconcentración

74.1 La titularidad y el ejercicio de competencia asignada a los órganos administrativos se desconcentra en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, siguiendo los criterios establecidos en la presente Ley.

74.2 Los órganos de dirección de las entidades se encuentran liberados de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos, con el objeto de que puedan concentrarse en actividades de planeamiento, supervisión, coordinación, control interno de su nivel y en la evaluación de resultados.

74.3 A los órganos jerárquicamente dependientes se les transfiere competencia para emitir resoluciones, con el objeto de aproximar a los administrados las facultades administrativas que conciernen a sus intereses.

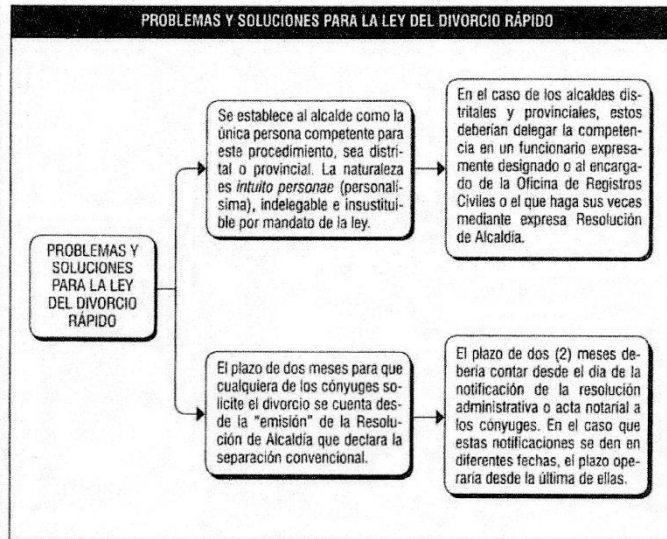
74.4 Cuando proceda la impugnación contra actos administrativos emitidos en ejercicio de competencia desconcentrada, corresponderá resolver a quien las haya transferido, salvo disposición legal distinta.

(5) Código Civil, Artículo 260.- El alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio a otros regidores, a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos.

8. A *contrario sensu*, en el procedimiento de separación convencional y posterior disolución del vínculo matrimonial la norma no permite delegación alguna, contraviendo la máxima jurídica "a igual razón, igual derecho". En efecto, si existe delegación expresa por ley en el caso del matrimonio, no entendemos por que razón no se hace lo propio con la separación y divorcio ulterior, máxime cuando ambas instituciones son parte del derecho de familia. Debe tenerse presente que la delegación no importa de modo alguno una liberación de responsabilidad del delegante por cuanto el artículo 68 de la Ley N° 27444 establece que la responsabilidad permanece en este⁽⁶⁾.

II. DE LA NECESIDAD DE ACLARAR EL PLAZO PARA PRESENTAR SOLICITUD DE DIVORCIO ULTERIOR

1. Conforme lo dispone la Ley, una vez emitida la Resolución de Alcaldía que declara la separación convencional, se concede el plazo de dos meses para que cualquiera de los cónyuges solicite el divorcio.
2. Dicho plazo se encuentra contemplado en sede judicial en el artículo 354 del Código Civil y el artículo 580 del Código Procesal Civil. En sede notarial se halla en el artículo 1 numeral 7 de la Ley N° 26662. Asimismo, en sede administrativa municipal este plazo de conversión lo ubicamos en el artículo 7 de la Ley y debe estar regulada de este modo en el Texto Único de Procedimientos Administrativos -TUPA- de cada municipalidad provincial o distrital.
3. El plazo de conversión de dos meses brinda a los cónyuges un tiempo razonable a fin de que puedan reflexionar sobre las acciones a tomar que redundarán de manera sustantiva en su estado civil. En este plazo podría obrar, por ejemplo, una reconciliación conyugal, una reevaluación o impugnación de su pretensión de separación convencional o simplemente un desistimiento. Este plazo se orienta, fundamentalmente, a la preservación hasta donde sea posible de la institución civil del matrimonio.
4. En la Ley, existen dos criterios diferentes y, por ende, antagónicos respecto al inicio del referido plazo de conversión, y por consiguiente



la posibilidad de solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

En efecto, en el artículo 7 de la Ley se toma como inicio del conteo del plazo el acto de "emitir" (sic) la Resolución de Alcaldía, sin tomar en cuenta el tiempo que demanda la notificación a ambos cónyuges: "(...) Transcurridos dos (2) meses de **emitida** la resolución de alcaldía (...) cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o notario la disolución del vínculo matrimonial".

Este mismo criterio se adopta en el artículo 13 del Reglamento de la ley aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008-JUS. En cambio, en la primera disposición modificatoria de la Ley, la cual precisa el artículo 580 del Código Procesal Civil, se establece como inicio del plazo de conversión la "notificación" (sic) de la resolución: "(...) En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código

Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos de meses de **notificada** la sentencia de separación (...)" (el resaltado es nuestro).

5. Esta notoria contradicción en la redacción de la Ley produce constantes errores en la aplicación del plazo por parte de los operadores. Esto se hace más evidente cuando muchas municipalidades acreditadas son concejos de provincias lejanas donde no existe una adecuada asistencia jurídica.
6. El inicio de todo plazo procesal, conforme lo señala el artículo 147 del Código Procesal Civil, el artículo 16.1 de la Ley 27444⁽⁷⁾ y el artículo 19 de la Ley N° 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades)⁽⁸⁾, empieza con la debida notificación de las partes. En efecto, todo acto administrativo es eficaz solo a partir de su debida notificación. Antes de este hecho se trata simplemente de actos ocultos y por lo

(6) Ley N° 27444, artículo 68.- Deber de vigilancia del delegante. El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con este por culpa en la vigilancia.
 (7) Artículo 16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos (...).
 (8) Artículo 19.- (...) Los actos administrativos o de administración que requieren de notificación solo producen efectos en virtud de la referida notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en esta Ley y la Ley de Procedimiento Administrativo General (...).

tanto ineficaces⁽⁹⁾. Sin embargo, en la realidad muchas municipalidades del país, justamente por la contradicción que existe, se guían por una lectura literal y equivoca del artículo 7 de la Ley que señala como inicio del plazo de dos meses desde la "emisión" (sic) de la resolución de alcaldía que declara de separación convencional.

7. Asimismo, esta indebida redacción conduce a cometer errores sobretodo en la aplicación del plazo cuando la notificación a los dos cónyuges solicitantes opera en momentos distintos dándose la figura procesal del "plazo común".
8. En efecto, cuando opera el *plazo común* y, por lo tanto, debe notificarse a los dos cónyuges, debe contarse desde la última notificación a efectos de que ambos puedan gozar en forma efectiva de al menos los dos meses de ley. Lamentablemente, tenemos conocimiento que muchos municipios toman en cuenta el plazo de dos (2) meses a partir de la notificación de un solo solicitante, recortando arbitrariamente el tiempo de reflexión de ley que media entre la declaración de separación convencional y la solicitud de divorcio.
9. Por lo expuesto, resulta necesaria la precisión del inicio del plazo que debe ser, necesariamente,

a partir de la notificación. Esta necesidad radica fundamentalmente en la **función docente** que debe tener toda norma jurídica. Toda ley debe ser clara, taxativa y previsible, así como transparente, simple y rápida.

III. PROPUESTA LEGAL

Acorde con los fundamentos jurídicos expuestos, recomendamos la fórmula legal modificatoria que se propone:

Artículo 1.- Modifíquese el artículo 4 de la Ley N° 29227, por el texto siguiente:

"Artículo 3.- Competencia

Son competentes para llevar a cabo el procedimiento especial establecido en la presente Ley, los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último conyugal o de donde se celebró el matrimonio.

En el caso de los alcaldes distritales y provinciales, estos pueden delegar la competencia en un funcionario expresamente designado

o al encargado de la Oficina de Registros Civiles o el que haga sus veces mediante expresa Resolución de Alcaldía".

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 7 de la Ley N° 29227, por el texto siguiente:

"Artículo 7.- Divorcio ulterior

Transcurridos dos (2) meses de notificada la resolución administrativa o el acta notarial, según sea el caso, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o notario la disolución del vínculo matrimonial. Dicha solicitud debe ser resuelta en un plazo no mayor de (5) cinco días.


El plazo de dos (2) meses inicia desde el día de la notificación de la resolución administrativa o acta notarial a los cónyuges. En el caso que estas notificaciones se den en diferentes fechas, el plazo opera desde la última de ellas.

Declarada la disolución, el alcalde, funcionario responsable o notario dispondrá su inscripción en el registro correspondiente".

(9) Cfr. MORÓN, URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Lima, 2001, p. 168.

ANEXO VI.

Solicitud de Separación Convencional y Divorcio Ulterior de la Municipalidad Provincial de Trujillo.

ANEXO 02		Distribución Gratuita	
	SOLICITUD DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR		N° de Registro
			N° de Recibo de pago
Separación Convencional	<input type="checkbox"/>	Divorcio Ulterior	<input type="checkbox"/>
I. DATOS DE LOS CÓNYUGES SOLICITANTES			
APELLIDOS Y NOMBRES ESPOSO: ESPOSA:		DOCUMENTO DE IDENTIDAD DNI: DNI:	
ÚLTIMO DOMICILIO CONYUGAL			
Av. / Calle / Jr. / Psj.			N° / Dpto. / Int.
URBANIZACIÓN	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO
DOMICILIO ACTUAL DE LOS CONYÚGES			
Esposo: Av. / Calle / Jr. / Psj.	N° / Dpto. / Int.	URBANIZACIÓN	DISTRITO
Esposa: Av. / Calle / Jr. / Psj.			PROVINCIA
Departamento	Correo electrónico	Teléfono	
II. Contenido de la solicitud:			
III. DECLARACIÓN JURADA:			
En mi condición de solicitante DECLARO BAJO JURAMENTO, que todos los datos consignados en la presente solicitud son verdaderos, asumiendo toda responsabilidad por su veracidad y contenido (Art. 7° presunción de veracidad del Reglamento de la Ley N° 29227)			
..... FIRMA DEL ESPOSO	Huella Dig.	FECHA Y HORA DE RECEPCIÓN:	
..... FIRMA DE LA ESPOSA	Huella Dig.		

ANEXO VII

A PROPOSITO DE LA LEY 29227 QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO DE LA SEPARACION CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN LAS MUNICIPALIDADES Y NOTARIAS Y SU REGLAMENTO

Rosa Yanina Solano Jaime*

1.- INTRODUCCION.

El 16 de mayo del presente año, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, la Ley N° 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, habiéndose publicado además su Reglamento mediante Decreto Supremo N° 009-2008-JUS, con fecha 13 de junio último, lo que ha traído como consecuencia que nos pongamos a pensar, qué tan conveniente ha sido que se establezca el procedimiento no contencioso antes mencionado, cual será el trámite a realizarse en las municipalidades y notarias teniendo en consideración la diferencia en sus funciones que ellas realizan y cuales serían los aspectos no contemplados por la Ley y su Reglamento.

Este tema no puede analizarse de manera aislada puesto que tiene una relación intrínseca con instituciones como la familia y el matrimonio, ya que institucionalmente el matrimonio es el principal medio para constituir una familia. Como sostiene Montoya Calle¹, “el matrimonio es un acto solemne realizado por una pareja constituida por el hombre y la mujer, libres de impedimento legal, ante el representante del Estado a fin de legalizar la unión, y crear una familia; es la unión de la pareja, elevada a la dignidad del contrato por la ley y de sacramento por la religión; es una organización legal que entraña reglas de derechos unidas por el fin común y a la que se someten los desposados al declarar su voluntad en el acto de las *iustae nuptiae*”. En ese sentido nuestra Constitución Política en su artículo 4° establece como objetivo primordial de protección por parte del Estado y la comunidad, a la familia, promoviendo igualmente el matrimonio, reconociendo a ambos institutos naturales y fundamentales, ello basado en las exigencias del bien común y respetando las conciencias de todos, tendiente a alcanzar la continuidad matrimonial. Así como el Estado con su legislación, refuerza la institución del matrimonio, no puede ser ajeno a la realidad, puesto que muchas veces esa unión no es permanente ni eterna, ya que puede verse afectada por factores ajenos a la voluntad de los propios cónyuges o por la conducta de ellos

* Juez del Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹ MONTOYA CALLE, Mariano Segundo. “Matrimonio y Separación de Hecho”. 1ra. Edición. Editorial San Marcos. Lima, 2006. Pág. 145.

mismos. Como lo indica Plácido, “la Ley no puede ignorar la realidad de la existencia de estos matrimonios y el Estado está en la obligación de ofrecer una rápida solución que limite su existencia en el tiempo”². En ese contexto, nuestra legislación también contempla las circunstancias en que se puede poner fin a dicho vínculo contemplando en el Código Civil, específicamente en el artículo 333°, las causales para invocar la separación de cuerpos y el divorcio ulterior; encontrando en el inciso 11° la llamada Separación Convencional, causal que conlleva que de manera voluntaria y previo acuerdo de ambos cónyuges decidan no continuar con la vida en común y solicitan ante el Juez de Familia su separación de cuerpos y luego de dos meses, la disolución de su vínculo matrimonial. Al respecto, se sostiene que “la regulación del divorcio por mutuo consentimiento no responde a una concepción contractualista del matrimonio, se trata de una solución al conflicto conyugal que no recibe adecuada respuesta a través del régimen del divorcio como sanción, por cuanto no necesariamente debe mediar la comisión de hechos inculpatorios para que surja el conflicto conyugal”³, ya que puede suceder que los cónyuges invoquen esta causal sustentada en la incompatibilidad de caracteres existente entre ellos.

2.- LA SEPARACION CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN SEDE JUDICIAL.

En el sistema del derecho peruano, cuando la demanda de separación convencional y divorcio ulterior es presentada ante el Juez de Familia, lo primero que se verifica es el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad contemplados en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil, para lo cual además teniendo en cuenta el acuerdo previo de los cónyuges, tendrán que presentar la llamada Propuesta de Convenio, documento donde ambos se ponen de acuerdo respecto a los regímenes de alimentos, tenencia y custodia de los hijos menores de edad, alimentos que se deben recíprocamente los cónyuges y respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales; resulta ser un proceso que tiene una duración aproximada de cinco meses, puesto que una vez que es admitida la demanda y teniendo en consideración si existen hijos menores de edad⁴, el Ministerio Público al actuar como parte en este tipo de procesos, tiene que contestar la demanda, lo que no sucede cuando no hay hijos menores de edad; en cualquiera de los casos se señala fecha para la respectiva audiencia única, para que después de los treinta

² PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “La Constitución Comentada”. Tomo I. 1ra. Edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2005. Pág. 367.

³ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. “Divorcio: Reforma del Régimen de Decaimiento y Disolución del Matrimonio”. 1ra. Edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2001. Pág. 36.

⁴ El artículo 574° del Código Procesal Civil, dispone que: “En los procesos a que se refiere este Subcapítulo, el Ministerio Público interviene como parte sólo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y como tal no emite dictamen”.

días naturales siguientes cualquiera de los cónyuges, si lo desean, pueden revocar su consentimiento para continuar con el trámite⁵, en cuyo caso se archiva el expediente; caso contrario deberán solicitar la sentencia que declare su separación de cuerpos, para que luego de dos meses de notificada ésta, cualquiera de ellos solicite la sentencia que declare la disolución de su vínculo matrimonial, la que una vez consentida se procederá a la inscripción del divorcio por ante el Registro Personal de la Superintendencia de Registros Públicos de Lima y Callao y la respectiva Municipalidad donde se celebró el matrimonio o ante el Reniec. Es necesario tener en cuenta, como ya se dijo líneas arriba, que a este tipo de demanda, se adjunta la llamada Propuesta de Convenio, que por su contenido, cobra protagonismo en este tipo de procesos. Así una vez que los cónyuges se han puesto de acuerdo respecto a los regímenes establecidos en el artículo 575° del Código Procesal Civil, este documento en la audiencia única respectiva es verificado por el Juez de Familia, el que puede hacer precisiones o variaciones, con acuerdo de las partes respecto a lo establecido en él. Así por ejemplo, se puede precisar que la patria potestad no es un derecho disponible y que por Ley le corresponde a ambos padres, mientras que la tenencia al ser un atributo de la primera sí puede ser acordada, o que los alimentos a favor de los hijos deben ser expresados en suma líquida a efectos de facilitar su ejecución o que los cónyuges no pueden renunciar a los alimentos que por Ley le corresponden sino que pueden exonerarse o prescindir de los mismos o precisar incluso cuál de los dos cónyuges se adjudicará los bienes inmuebles que adquirieron después de firmada la propuesta de convenio; y demás acuerdos nuevos que serán plasmados en el acta de audiencia única respectiva ampliando o aclarando lo acordado inicialmente en la indicada propuesta de convenio, esto quiere decir que el papel del Juez de Familia en la audiencia única, no se limita a ser un simple espectador de los acuerdos a los que han llegado las partes, sino más es la persona que contribuye a que estos acuerdos se encuentren dentro de un marco legal para que puedan ser debidamente 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”⁶

⁵ Así lo indica el artículo 578° del Código Procesal Civil al indicar “Dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia, posteriores a la audiencia cualquiera de los cónyuges puede revocar su decisión, en cuyo caso se archiva el expediente”

⁶ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. Op. cit. Pág. 50.

3.- EL PROPÓSITO DE LA LEY Y SU REGLAMENTO.

Ahora bien a efectos de analizar la Ley 29227 y su Reglamento, es necesario inicialmente verificar la motivación que les dieron origen, la que viene a ser principalmente plantear una vía alternativa para agilizar los procesos en esta materia y sobre todo reducir la carga procesal de los jueces de Familia, además de no generar costos magnificados que en muchos casos es imposible asumir por la mayoría de la población; siendo estos tres criterios los que han sido tomados en cuenta en la dación de la Ley 29227 y su Reglamento, se tendrá que verificar en el tiempo, la conveniencia o no de su promulgación.

Así, se establece que el procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, es uno no contencioso, esto quiere decir que no existe conflicto entre los cónyuges que soliciten este procedimiento, contrario sensu a lo que establece el inciso 2º del artículo 546º Código Procesal Civil, que indica que el proceso judicial de separación convencional y divorcio ulterior, se tramita como un proceso sumarísimo siendo parte el Representante del Ministerio Público. Se infiere entonces que lo que se quiere es la agilización del trámite de estos procesos; sin embargo, al analizar la Ley y su Reglamento y los procesos que se tramitan en la vía judicial actualmente, se puede apreciar que entre uno y otro procedimiento no existe diferencia considerable en la duración, ya que según lo establecido en la respectiva Ley, su duración será de un promedio de tres meses, tiempo menor que al que dura en sede judicial, sin embargo es necesario notar del texto de las mismas, que si bien es cierto el procedimiento establecido resulta aparentemente instantáneo, ello no se efectivizará en realidad debido a la exigencia de una serie de requisitos y presentación de documentos previos, que hacen de este procedimiento no tan rápido como se piensa.

En efecto, se contempla que para llegar a este tipo de procedimiento especial, que los cónyuges deben haber ya resuelto sea en la vía judicial o extrajudicial, lo relacionado a sus hijos y a su patrimonio, debiendo presentar ante el notario o el alcalde respectivo, en caso de no tener hijos su respectiva declaración jurada, y en caso de tener hijos menores de edad o hijos mayores con incapacidad, presentarán la sentencia judicial firme o acta de conciliación respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos; aún más, el problema se hace más álgido debido a que conforme lo indica el Reglamento de la Ley, en el artículo 4º, en caso de que los cónyuges tengan hijos mayores con incapacidad deberán presentar la copia certificada de la sentencia que declara la interdicción de aquellos y el nombramiento de su curador, lo que significa que los cónyuges tendrán que realizar previamente un proceso de interdicción en caso de tener hijos mayores incapacitados, proceso que se tramita por ante los Juzgados de Familia el que tiene una duración aproximada de un año. Se advierte que si bien cierto la nueva Ley, indica tiempos más cortos para el trámite de la separación convencional desde su presentación ante el notario o ante la

municipalidad, no se ha tomado en cuenta el tiempo que los cónyuges van a necesitar para llegar a los acuerdos antes mencionados previos al trámite especial; lo mismo sucede en el caso del patrimonio de la sociedad conyugal ya que tendrán que presentar la escritura pública inscrita en los Registros Públicos de separación de patrimonio que paradójicamente es de conocimiento también de los notarios.

En consecuencia, la supuesta rapidez de este procedimiento comparado con el proceso efectuado en la vía judicial donde solamente es necesaria la presentación de la Propuesta de Convenio que incluye el acuerdo de las cónyuges sobre los indicados regímenes, sin la exigencia de trámites previos, nos hace reflexionar que la tan publicitada Ley no hará que “el divorcio rápido” sea tan rápido.

Otra de las motivaciones que se tuvo, fue la sobrecarga de este tipo procesos que afronta el Poder Judicial. Al respecto se puede decir que en cada Juzgado de Familia, mensualmente ingresa un aproximado de 38 demandas de Separaciones Convencionales y Divorcios Ulteriores⁷, procesos que no significan una gran carga procesal en estos juzgados, ya que una vez calificada la demanda y señalada la audiencia única respectiva, se espera el plazo de treinta días naturales, para expedir la sentencia de separación de cuerpos y dos meses para expedir la sentencia de disolución del vínculo matrimonial con el cual culmina el proceso. Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que existen casos en que uno de los ex cónyuges incumple el convenio arribado y aprobado por el Juez, por lo que se procede a continuar con la ejecución y el Juez, teniendo en cuenta las facultades que le otorga el artículo 53° del Código Procesal Civil, hará efectivos los requerimientos necesarios para el cumplimiento de los indicados acuerdos dentro del mismo proceso.

Finalmente se indica también que con el trámite establecido en la Ley N° 29227 y su Reglamento, los costos del proceso no serán tan onerosos como lo son en sede judicial. Nada más alejado de la realidad, puesto que al ser un trámite sencillo lo único que los cónyuges tienen que pagar al Poder Judicial, son dos tasas judiciales por ofrecimiento de medios probatorios cuyo costo total es de sesenta y ocho nuevos soles por única vez y nueve cédulas de notificación a lo largo del proceso haciendo un total de treinta y uno nuevos soles con cincuenta centavos de sol, por lo que el gasto que realizan los cónyuges al tramitar su separación convencional por ante el Poder Judicial asciende aproximadamente a un total de cien nuevos soles. Aquí obviamente no se tiene en cuenta los honorarios del abogado, que se rigen por la oferta y la demanda ni los pagos que deben hacer los cónyuges en los Registros Públicos de Lima y en las Municipalidades o Reniec, los mismos que también deberán ser realizados dentro del procedimiento no contencioso recientemente aprobado.

⁷ Fuente: Cuarto Juzgado de Familia. Meses de enero a abril del 2008.

4.- DEL PROCEDIMIENTO ANTE ALCALDES Y NOTARIOS.

La Ley materia de comentario y su respectivo Reglamento, indican que son competentes para llevar a cabo este procedimiento especial, los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio; habiéndose incluido en el Reglamento de la Ley a los notarios, sin tener en consideración 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, que en su artículo 2° indica “El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes (...)”. De dichas leyes, se puede concluir que el notario va a ser la persona que sólo formalizará la voluntad de las partes, debido a que no se ha indicado en la Ley ni en el Reglamento, si el notario y aún el alcalde, tienen la posibilidad previo acuerdo de los cónyuges, de modificar los acuerdos de conciliación ni las resoluciones judiciales, tanto en así que no se ha tenido en cuenta que las mismas, al regular situaciones familiares que son susceptibles de modificaciones en el tiempo, ya sea por la variación de circunstancias o por el nuevo acuerdo de las partes, los cónyuges podrán presentarse ante la autoridad competente para que ellos verifiquen el nuevo acuerdo y lo homologuen; trayendo como consecuencia inevitable, en estos procesos que después del trámite del “divorcio rápido” ante notarías y municipalidades y ante la conclusión del procedimiento, los cónyuges recurran a la vía judicial e inicien su proceso de separación convencional y divorcio ulterior para plasmar sus nuevos acuerdos, habiendo prolongado el tiempo de su divorcio además de judicializarlo.

Respecto a la asignación de competencias a las municipalidades para el conocimiento y tramitación de los procesos de separación convencional, el tema es mucho más discrepante todavía, ya que se sabe que muchas municipalidades del interior del país no cuenta con el personal idóneo y capacitado para resolver estas solicitudes; en efecto si tenemos en cuenta las zonas rurales, altoandinas y selváticas donde también existen municipalidades y no existen recursos humanos ni materiales para cumplir con esta función, nos encontraríamos con innumerables casos de nulidades de resoluciones administrativas que tendrían que ventilarse finalmente en el mismo Poder Judicial; en ese sentido también lo expresa Fernando Vidal Ramírez⁸, miembro del Comité Consultivo en materia Civil y Procesal Civil de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, que expone “(...) luego de la revisión del

⁸ Opinión efectuada en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en los Proyectos de Ley N°s. 392/2006-CR, 922/2006-CR y 1000/2006-PE, mediante los cuales se propone regular el procedimiento no contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías.

proyecto, considero que los requisitos previstos son apropiados, pero a mi juicio es inconveniente la separación de mutuo disenso y la consiguiente disolución del vínculo conyugal sea declarada por ‘resolución municipal’, máxima si es probable que, salvo las municipalidades de capitales de región o de provincias, pueden contar con personal idóneo y capacitado para resolver estas solicitudes (...).”

En consecuencia tanto las funciones del notario y del alcalde, son limitadas respecto a los acuerdos de las partes, siendo el Juez dentro de un proceso de separación convencional y divorcio ulterior, el que verificará las voluntades de los cónyuges, controlará si lo que está previsto en su propuesta de convenio no es contrario a los intereses de sus hijos menores de edad o mayores de edad incapacitados y aún para ellos mismos, pudiendo incluso en el propio acto de la audiencia única plasmar nuevos acuerdos y/o variar los acordados iniciales.

Finalmente es conveniente precisar que existen temas que no ha sido tomado en cuenta en la Ley ni en el Reglamento en comentario. Así tenemos:

1. Lo relacionado al tema de la Anticipación de la Tutela consagrado en el artículo 576° del Código Procesal Civil, puesto que al no existir auto admisorio en el trámite no contencioso, la eficacia jurídica del acta de ejecución o de las resoluciones judiciales firmes que se adjuntan, se tendrían que efectivizar en los procesos ya iniciados y no dentro del proceso no contencioso de separación convencional tal y como a la fecha se vienen realizando en el vía judicial, una vez más trayendo como consecuencia que además del trámite no contencioso cualquiera de los cónyuges deberá iniciar su trámite judicial para hacerlo efectivo.
2. Lo indicado en el artículo 680° del mismo cuerpo legal, ya que siendo la cohabitación, uno de los deberes de los cónyuges; no se ha indicado el trámite a seguir en caso que los mismos quieran vivir en domicilios separados, puesto que en sede judicial y dentro de un proceso de separación convencional y divorcio ulterior, este trámite se presenta como una medida cautelar.
3. Respecto a la reconciliación de los cónyuges, la Ley ni el Reglamento contemplan los treinta días naturales posteriores a la audiencia que tienen los cónyuges para revocar su decisión, tal como lo indican el artículo 344° del Código Civil y el primer párrafo del artículo 578° del Código Procesal Civil; si bien es cierto la revocación no implica necesariamente la reconciliación, sin embargo, sabemos que dentro de un proceso judicial el Juez es el llamado a intentar la conciliación en el acto de la audiencia única prosiguiendo el proceso sólo en el caso que la misma fracase, por lo que nuestro ordenamiento legal les otorga a los cónyuges aún así un plazo de treinta días naturales para que puedan revocar su decisión; sin embargo ni la Ley ni el Reglamento otorgan al alcalde ni al notario, las facultades que sí tiene el Juez para intentar la reconciliación; pero lo que es mucho más preocupante no se ha tomado

en cuenta lo dispuesto al plazo de revocación, ya que una vez realizada la audiencia por ante la notaría se declarará la separación convencional en el acto y en el caso de las municipalidades ésta se expedirá en el plazo de cinco días.

4. Nos preocupa asimismo cuál será la eficacia del acta notarial y de la resolución de alcaldía en el extranjero, ya que al otorgársele estas facultades a autoridades de naturaleza disímiles al Juez, muchos países en base a los Tratados de Reciprocidad, no le darían el respectivo reconocimiento ni eficacia jurídica a estos documentos.

5.- CONCLUSIONES.

Si bien es cierto se afirma que este tipo de procesos no existe controversia, en realidad no es así, puesto que dentro de él existen cuestiones que van más allá de la voluntad de los cónyuges que desean divorciarse, esto es lo estipulado en la propuesta de convenio respecto la condición futura de los hijos, como es que van a cumplirse los acuerdos de tenencia, visitas y alimentos, las garantías que se otorguen para su cumplimiento, entre otras materias.

La Ley y su Reglamento en comentario, si bien es cierto pretenden coadyuvar a que en este tipo de procesos se evite la morosidad del aparato judicial, sin embargo, los Juzgados de Familia hasta ahora han sabido sobrellevar estos procesos judiciales sin problema, revistiendo de la mayor protección jurídica los acuerdos tomados por los cónyuges, para ellos mismos, para sus hijos y para sus bienes, por lo que es contraproducente que los notarios y las municipalidades conozcan de este tipo de procedimientos ya que no podrán ingresar al análisis de los acuerdos de los cónyuges de endeble consistencia. Consideramos finalmente que se debió haber legislado dicho trámite sólo en los casos que los cónyuges no posean patrimonio conyugal ni hijos menores ni mayores de edad incapacitados, dado que el Estado tiene un interés fundamental en la protección de estos ciudadanos.