

La disolución conciliada del vínculo matrimonial como mecanismo de protección familiar a través de la separación convencional y divorcio ulterior

Ana Miluska **MELLA BALDOVINO***

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 333 y 349.
- **Código Procesal Civil:** arts. 573, 576, 579.
- **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):** arts. 4, 5 y 7.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La decisión de divorciarse entraña no solo la difícil tarea de asumir un fracaso a nivel personal, sino que implica una más ardua labor, la de tratar de disolver el vínculo matrimonial en los mejores términos posibles, sobre la base de acuerdos conciliados y armónicos, como uno de los –tantos– “mecanismos de protección familiar” que se deberían seguir en estos casos. En efecto, habiendo asumido la decisión de querer divorciarse, lo que toca decidir es cómo se quiere que este divorcio afecte no solo a los cónyuges, sino principalmente a los demás integrantes de una familia ya fracturada.

Es dentro de este escenario, que la labor del abogado debe necesariamente consistir en informar y asesorar adecuadamente a su(s) patrocinado(s), explicándole(s) las alternativas legales existentes a efectos de acceder al divorcio y cómo –específicamente– el trámite que se opte para este divorcio puede incidir (positiva o negativamente) en las futuras relaciones interpersonales, de aquella familia desarticulada por la separación de los padres.

Frente a una disolución del vínculo matrimonial de carácter confrontacional, beligerante y litigiosa que no solo afecta emocionalmente a las partes sino a la familia en general, la autora reseña una alternativa en la que prima la voluntad de solucionar las diferencias entre cónyuges sobre la base del diálogo, la llamada separación convencional y divorcio ulterior. Esta ofrece una serie de ventajas, entre ellas un trámite más corto; sin embargo, para ello debe definirse entre las partes lo relativo al régimen familiar (alimentos, tenencia, etc.) y el régimen patrimonial.

TEMA RELEVANTE

Dicho esto, corresponde que se decida si la disolución de vínculo matrimonial será de carácter confrontacional, beligerante y netamente litigiosa; o si será de mutuo acuerdo o de forma conciliada entre los cónyuges. La primera implica el acceder al divorcio a través de la invocación de una o varias de las causales previstas por el artículo 333 del Código Civil (adulterio, violencia física y psicológica, injuria grave que haga insoportable la vida en común, el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos, conducta deshonrosa, imposibilidad de hacer vida en común, separación de hecho, como las más invocadas por los litigantes), aplicables en concordancia por lo dispuesto por el artículo 349 del citado código.

Esta alternativa de acción o “estrategia legal” implica necesariamente –con independencia al costo económico que según el caso conlleva– un gran desgaste y afectación emocional que el litigante debe de sopesar y evaluar a conciencia, toda vez que toda demanda de

* Abogada por la Universidad de Lima. Asociada del Estudio Fernández, Heraud & Sánchez en el área de Derecho de Familia.

divorcio por causal se tramita vía proceso de conocimiento (vía procesal de mayores estadios procesales y consecuentemente de mayor duración en el tiempo, es decir, años de litigio). A ello debe sumarse la actuación de determinados medios probatorios de naturaleza sensible, tales como: las entrevistas realizadas por el magistrado a los menores de edad involucrados; las evaluaciones (protocolos o pericias) psicológicas practicadas por el Área de Psicología del Equipo Multidisciplinario del Poder Judicial a las partes y menores involucrados; evaluaciones psiquiátricas practicadas por la División Clínico Forense del Instituto de Medicina Legal, por lo general solo a las partes; visitas inopinadas de asistentas sociales del Área de Asistencia Social del referido Equipo Multidisciplinario a los domicilios de las partes; las declaraciones de partes, de testigos y demás actuaciones de medios probatorios ofrecidos por los litigantes para acreditar fehacientemente los hechos que configuran su pretensión, con sujeción al principio rector de la carga de la prueba establecido en el artículo 196 del Código Procesal Civil u otros medios probatorios adicionales cuya actuación sea ordenada por el propio juez cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, de conformidad con lo previsto por el artículo 194 del citado código adjetivo. Accionar judicial que forma parte de la batalla legal sin tregua instaurada entre los cónyuges, motivada por sus intereses personales respecto del reparto del patrimonio social y/o la regulación a su gusto del régimen familiar (patria potestad, tenencia y custodia, régimen de visitas y alimentos de los menores de edad involucrados y alimentos de uno de los cónyuges que alegue estado de necesidad, de ser el caso), que no hace más que acentuar las heridas propias de la

ruptura, incrementar las recíprocas diferencias y acentuar las brechas que distancia todo diálogo razonado entre ambos, contraviniendo de paso los derechos inherentes de los menores, con sujeción al principio de Interés Superior del Niño y Adolescente, regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Lo precisado es solo una breve pincelada de los pasivos que entraña toda demanda de divorcio por causal y cómo este tipo de accionar legal debe ser ejercido como último mecanismo de solución de conflicto y no como el primero de ellos, **prevaleciendo ante cualquier ánimo beligerante la voluntad por solucionar las diferencias entre los cónyuges sobre la base del diálogo, el consenso, la equidad y la razonabilidad**. Todo ello reflejado en el divorcio de mutuo acuerdo, técnicamente denominado “Separación Convencional y Divorcio Ulterior”, cuya finalidad legislativa es poner fin a la unión civil matrimonial de forma expeditiva, evitando la confrontación y el desgaste emocional que conlleva este tipo de decisiones.

Es justamente por lo expuesto que el presente artículo tiene por finalidad, informar y orientar respecto a la segunda alternativa legal para acceder al divorcio, aquel de mutuo acuerdo o de forma conciliada y las formalidades requeridas para acceder al mismo.

Ahora bien, habiendo optado por el divorcio consensuado, lo primero que corresponde (y que ciertamente es lo más debatible y sensible de tratar por los cónyuges en estos casos) es que se definan y regulen los términos del **régimen familiar** (que regula lo relativo a la tenencia y custodia, régimen de visitas y alimentos de los menores involucrados y alimentos del cónyuge en

estado de necesidad, de ser ese el caso), a través de un acta de conciliación y lo relativo al **régimen patrimonial** (que determina la forma como se va a liquidar la sociedad de gananciales y se dispongan las adjudicaciones respectivas entre los cónyuges; distribución de las deudas sociales, a fin de poder establecer el nuevo régimen de separación de patrimonios) a través de la escritura pública respectiva, debidamente inscrita en Registros Públicos.

Estos dos regímenes –familiar y patrimonial– constituyen los temas esenciales y a los cuales los cónyuges deben necesariamente arribar a un acuerdo si lo que desean es acceder al trámite de procedimiento de Separación Convencional y Divorcio Ulterior. Zanjado esto o habiendo negociado con éxito sus términos, el divorcio por mutuo acuerdo es cuestión de tiempo para su formalización. Esta etapa preliminar o de negociación constituye de vital importancia y neurálgica en todo trámite de divorcio.

En el Perú el divorcio por mutuo acuerdo o el procedimiento de Separación Convencional y Divorcio Ulterior puede ser tramitado ante tres distintas autoridades competentes: (i) municipal; (ii) notarial; y, (iii) judicial. Si bien a través de cualquiera de ellas se puede acceder al divorcio, cada una tiene sus propias peculiaridades que deberán sopesar los cónyuges al momento de iniciar el trámite respectivo. A continuación voy a realizar una breve explicación respecto a cada una de las tres alternativas descritas.

II. PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR ANTE MUNICIPALIDADES Y NOTARIAS

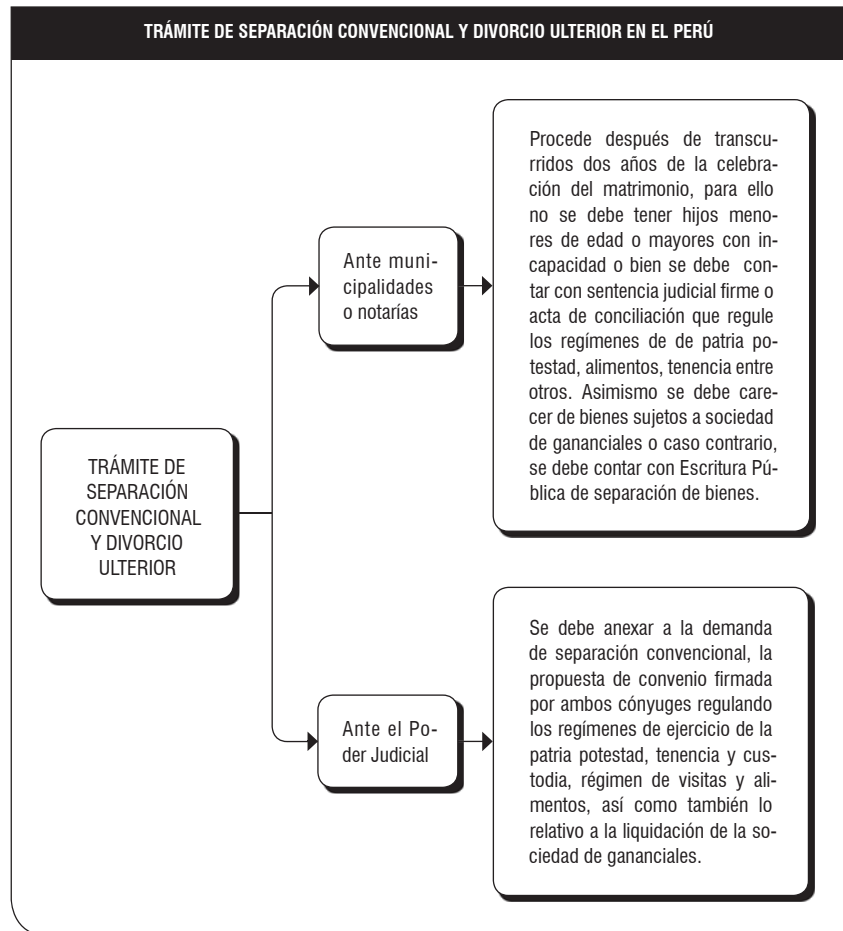
Este tipo de procedimiento, en lo que respecta tanto al trámite municipal como notarial, se encuentra

regulado por la Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, aprobada por Ley N° 29227 (en adelante la Ley) y por su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008-JUS (en adelante el Reglamento).

Pueden acogerse a este trámite, los cónyuges que, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, decidan poner fin a dicha unión civil mediante el trámite de separación convencional y divorcio ulterior; siendo 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. Al respecto cabe precisar que las municipalidades competentes para acoger dicho trámite de separación convencional son aquellas debidamente acreditadas por el Ministerio de Justicia (Dirección Nacional de Justicia) para tal fin por haber cumplido con las exigencias del Reglamento, según lo prevé el artículo 8 de la Ley y 16 de Reglamento¹.

Los requisitos que deben cumplir los cónyuges para solicitar se dé inicio al procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior, conforme lo prevé el artículo 4 de la Ley y artículo 5 del Reglamento son los siguientes:

- (i) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de ser el caso que los tengan, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación conforme a ley que regule los regímenes de la patria potestad,



alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad y/o hijos con incapacidad. Es decir, tener regulado y definido lo relativo al **régimen familiar**; y

- (ii) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o de ser el caso que los hubiera, contar con la respectiva Escritura Pública de separación de bienes o sustitución de régimen de sociedad de gananciales, debidamente inscrita en registros públicos. Es decir, tener regulado y definido lo relativo al **régimen patrimonial**.

La solicitud de separación convencional debe ser presentada por escrito, indicando el nombre, número de documento de identidad y domicilio de los cónyuges, precisando de manera indubitante su decisión de separarse, adjuntándose necesariamente los siguientes documentos, conforme lo dispone el artículo 5 de la Ley y artículo 6 del Reglamento:

- Copia simple y legible de los documentos de identidad de los cónyuges;
- Copia certificada de la partida de matrimonio de los cónyuges

¹ D.S. N° 011-2008-JUS: Incorporan procedimientos en el TUPA del Ministerio sobre acreditación de municipalidades para ejercer el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior y la renovación de la acreditación.

(con una antigüedad no menor a tres meses);

- Copia certificada de la partida de nacimiento de los hijos menores de edad o mayores con incapacidad (con una antigüedad no menor a tres meses), si los hubiere;
- Sentencia judicial firme o acta de conciliación conforme a ley que regule los regímenes de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad y/o hijos con incapacidad, si los hubiere. Cabe precisar que para el caso de hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar además, con la copia certificada de la sentencia que declara la interdicción del incapaz y el nombramiento del curador civil;
- De no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, los cónyuges solicitantes deberán extender una declaración jurada con firma y huella digital, en tal sentido;
- Testimonio de la escritura pública de separación de patrimonio o de sustitución de régimen patrimonial, debidamente inscrita en registros públicos. De ser el caso que no tuvieran bienes sociales extender una declaración jurada manifestando carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales; y,
- Declaración jurada extendida por los cónyuges, respecto del último domicilio conyugal, suscrita por ambos cónyuges.

Cabe precisar que la referida solicitud de separación convencional deberá indicar si los cónyuges son analfabetos, no pudieran firmar, son ciegos o adolecieran de otra discapacidad, para efectos que

se proceda mediante firma a ruego, sin perjuicio de que se imprima su huella digital o graffa de ser el caso.

Una vez que el alcalde acreditado y notario competente haya recibido la correspondiente solicitud, procederá a verificar el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 5 de la Ley, y artículos 5 y 6 del Reglamento (dentro de un plazo de 5 días). De ser el caso que no se cumplan con los referidos requisitos y se anexe a la solicitud lo detallado no se continuará con el procedimiento. Verificado esto, en el plazo de 15 días se deberá fijar fecha para la realización de la audiencia única.

En dicha audiencia los cónyuges deberán manifestar o no su voluntad de ratificarse del contenido de la solicitud de separación convencional. De ratificarse los cónyuges el alcalde o notario declarará la separación convencional por resolución de alcaldía o por acta notarial, según corresponda, la misma que es inscrita en el Registro Personal respectivo.

De ser el caso de inasistencia de uno o ambos cónyuges por causas debidamente justificadas, el alcalde o notario convocará a nueva audiencia en un plazo no mayor de 15 días. De producirse nueva inasistencia de uno o ambos cónyuges, se declarará concluido el procedimiento. Este necesario impulso de parte (traducido en la voluntad manifiesta de los cónyuges por disolver el vínculo matrimonial) tiene como principal sustento el interés del Estado de proteger a la familia y promover el matrimonio, en su calidad de institutos naturales y fundamentales de la sociedad, según lo establece el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

Finalmente, transcurridos dos meses de emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial, según sea

el caso, cualquiera de los cónyuges (ya sin la anuencia del otro), podrá solicitar la disolución del vínculo matrimonial, debiendo ser resuelta dicha solicitud en un plazo no mayor de 15 días. Declarada la disolución del vínculo matrimonial, el alcalde o notario, dispondrá su inscripción en el registro correspondiente.

Ahora bien, la práctica profesional lleva a advertir que si bien ambos procedimientos (municipal o notarial) son expeditivos, también es verdad que más expeditivo y ligero en trámite suele ser el procedimiento ante la instancia notarial, donde por lo general el procedimiento de separación convencional demora un promedio de tres a tres meses y medio, frente a un plazo un poco más distendido en el tiempo ante las municipalidades, por las burocracias e incumplimiento de los plazos que lamentablemente suelen incurrir la mayoría de entidades públicas. Sin embargo, debe también hacerse mención que el costo para acceder al trámite del procedimiento de separación convencional es mucho más accesible en la municipalidades que en las notarías. En tal sentido, corresponde que los cónyuges evalúen su interés por acceder al divorcio en función del tiempo y costo que ello acarrea.

III. PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR ANTE EL PODER JUDICIAL

Este proceso judicial se encuentra previsto por el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 573 Código Procesal Civil, y se tramita vía proceso sumarísimo (de estadios procesales muy cortos), conociendo la causa el juez especializado.

La presente demanda de separación convencional debe anexar

necesariamente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, la misma que regula los regímenes de ejercicio de la patria potestad, tenencia y custodia, régimen de visitas y alimentos, así como también lo relativo a la liquidación de la sociedad de gananciales, conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad se acredita. Es decir, debe necesariamente regular lo relativo al **régimen familiar y patrimonial**.

Cabe precisar que una vez haya sido expedido el auto admisorio, tienen eficacia jurídica los acuerdos de convenio anexados a la demanda, sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 576 del citado código adjetivo. La sentencia de separación a emitirse acogerá el contenido expreso del convenio propuesto por las partes, siempre que se asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores incapaces, con sujeción al mencionado ya,

Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente.

Como lo he señalado anteriormente, es interés del Estado proteger a la familia y promover el matrimonio, siendo por tal motivo que resulta de vital importancia la voluntad manifiesta de las partes para continuar con el trámite del proceso de separación convencional. En tal sentido, si una de las partes manifiesta en la audiencia única su negativa de continuar con la tramitación del proceso, pues este deberá ser declarado por concluido, toda vez que ya no habría consenso en el divorcio. Asimismo, cualquiera de los cónyuges, dentro de los 30 días naturales posteriores a la audiencia única, podrá revocar su decisión de divorciarse, conforme lo establece el artículo 579 del código adjetivo, quedando igualmente concluido el proceso.

Después de transcurrido dos meses de notificada con la sentencia de separación, habiendo quedado la misma consentida, a solicitud de la

parte interesada el juez expedirá la sentencia que declare la disolución del vínculo matrimonial respectiva.

Si bien esta podría ser otra alternativa viable para acceder al divorcio por mutuo acuerdo, no deja de ser una realidad de todo litigante que la letanía y demora en los proveídos judiciales, hace de este mecanismo de naturaleza expeditiva, uno no tan ágil para procurar la finalidad perseguida: poner fin a la unión civil matrimonial de forma consensuada en el más breve plazo posible.

CONCLUSIÓN

En atención a lo expuesto, el presente artículo es un exhorto para la canalización de los divorcios por la vía del diálogo, consenso y acuerdos conciliados, en tanto este constituye uno de los mecanismos de protección familiar, frente a la inminencia de un fracaso matrimonial. Es importante que se tenga muy presente las alternativas a las que se puede acceder cuando se ha tomado la difícil decisión de poner fin a la unión civil.