



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Análisis de la Ley 29227 en función de los Principios de
Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Allisson del Pilar Trelles Vega

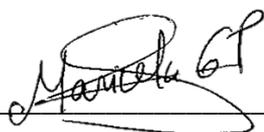
Asesor(es):
Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez

Piura, noviembre de 2021



Aprobación

Tesis titulada “*Análisis de la Ley 29227 en función de los Principios de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio*” presentada por la bachiller Allisson del Pilar Trelles Vega en cumplimiento para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez.



Directora de Tesis





Agradecimientos

Me gustaría empezar agradeciendo a Dios, por protegerme y guiarme a lo largo de mi vida. Asimismo, quiero agradecer a mi familia, por su apoyo y aliento, en especial a mi madre, por su amor y confianza; a mis amistades por acompañarme desde siempre y estar presente en los momentos más significativos. Por último, y de manera especial, le agradezco a mi directora de tesis, Dra. Maricela Gonzáles Pérez, por la paciencia, motivación y consejos que me han enseñado mucho y sobre todo me han ayudado a concluir la investigación.



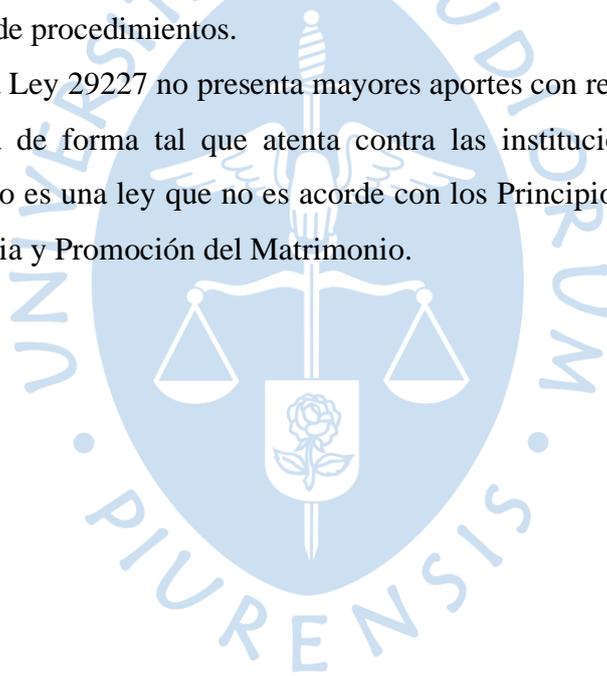


Resumen

La Ley 29227 regula el procedimiento de la S.C.D.U en las vías notariales o municipales. En ese sentido, su legislación es controversial debido a que afecta instituciones que tienen relevancia jurídica en el ordenamiento peruano, como es la familia y el matrimonio reconocidos principalmente en el artículo 4 de la Constitución Peruana como principios constitucionales. En virtud de ello se estudiará la Ley 29227 y los Principios Constitucionales de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio.

Tras analizar la Ley 29227, por un lado, se advierte y defiende su incompatibilidad con los Principios Constitucionales de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio que informan el ordenamiento jurídico, y por otra su incongruencia con la regulación de la figura del divorcio. Por tal motivo, la Ley 29229 debería ponderar el ejercer una tutela efectiva sobre la celeridad en el procedimiento con el fin de garantizar los derechos de quienes resultan afectados en este tipo de procedimientos.

La promulgación de la Ley 29227 no presenta mayores aportes con respecto a la vía judicial y se encuentra regulada de forma tal que atenta contra las instituciones de la familia y el matrimonio, por cuanto es una ley que no es acorde con los Principios Constitucionales de la Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio.



|



Tabla de contenido

Introducción.....	11
Capítulo 1 El principio de protección de la familia y promoción del matrimonio.....	13
1.1 Persona, matrimonio y familia.....	13
1.2 Marco normativo de la protección de la familia y de la promoción del matrimonio	17
1.2.1 Marco normativo internacional	18
1.2.2 Marco normativo nacional.....	22
1.3 Principio de protección de la familia	24
1.3.1 Definición de protección	25
1.3.2 Definición de familia.....	25
1.3.3 Implicancia de la protección de la familia.....	29
1.4 Promoción del matrimonio	32
1.4.1 Promoción	33
1.4.2 El matrimonio.....	33
1.4.2 Implicancias de la promoción del matrimonio	36
Capítulo 2 Análisis de la Ley Nro. 29227 que regula el procedimiento no contencioso de la S.C.D.U en las municipalidades y notarías.	39
2.1 El Derecho, las separaciones y divorcio.....	39
2.2 Aspectos generales de la S.C.D.U	41
2.3 Ley Nro. 29227 que regula el procedimiento de S.C.D.U en la vía notarial y municipal	45
2.4 Argumentos del debate parlamentario.....	49
2.4.1 Acceso a la justicia.....	49
2.4.2 Simplificación administrativa	50
2.4.3 Disminución de recursos como el tiempo.	51
2.4.4 Descarga procesal.....	51
2.5 Aspectos más relevantes sobre la Ley Nro. 29227	52
2.5.1 Sobre el procedimiento.....	52
2.5.2 Sobre la competencia.....	56
2.5.3 Respecto a los requisitos que deben cumplirse	58
2.5.4 Respecto al ámbito económico de la regulación del procedimiento	59
Conclusiones	63

Lista de abreviaturas 65

Lista de referencias 67



Introducción

El presente trabajo de investigación realiza el estudio de la problemática existente en la aplicación de la Ley Nro. 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior, en adelante como S.C.D.U, en las Municipalidades y Notarías, conocida comúnmente como “Ley de Divorcio Rápido”, mediante la cual se extiende la flexibilización del procedimiento para obtener, lo que para algunos es la solución a una situación tan compleja en el Derecho de familia, la ruptura de la relación matrimonial.

Dicho esto, en la Constitución Política Peruana se recogen principios que reconocen a la familia, propios del Derecho de familia, mediante los cuales protegen a esta institución y promueven el matrimonio. A pesar que ambos corresponden a un ámbito privado, el Estado interviene no solo por el reconocimiento en los instrumentos internacionales a los cuales el Perú ha ratificado, sino que, en esa misma línea, se advierte el reconocimiento de la importancia de estas instituciones en la sociedad por la función que cumplen: la familia constituye el núcleo para la formación de una comunidad que, a su vez, desprende la generación de derechos y deberes individuales, así como colectivos, que permiten el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, al igual, el ejercicio de su rol en el ejercicio de su ciudadanía.

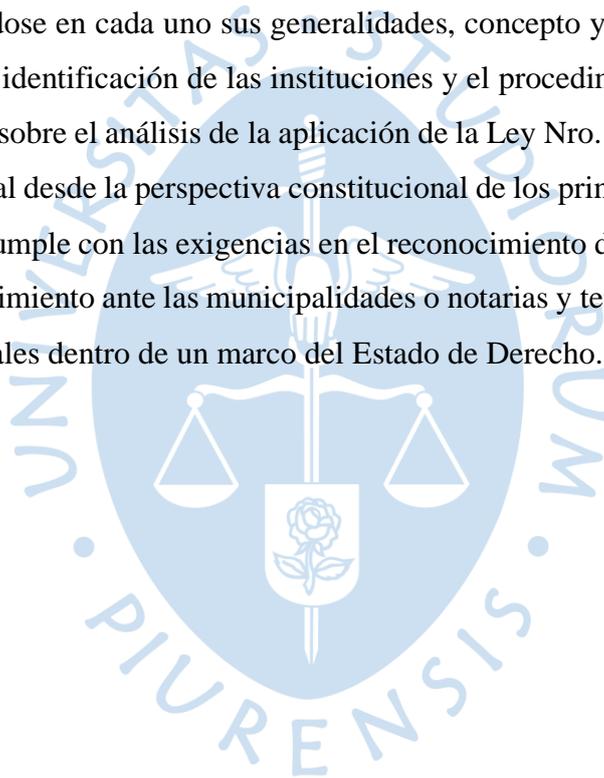
En los últimos años, el Derecho de familia ha sostenido una actividad legislativa bastante amplia, teniendo una mayor importancia en la sociedad y en el ámbito jurídico, en ese sentido, se requiere determinar de manera precisa las consecuencias jurídicas para todos los miembros de la familia, a partir de la realidad de que ambos cónyuges han decidido que no es posible mantener la unidad matrimonial y resquebrajar el vínculo afectando el estado de la unidad familiar.

El conflicto se originaría al analizar si la celeridad pretendida por dicha norma en realidad ayuda a hacer factible la disolución del vínculo matrimonial de manera justa y en condiciones de igualdad para la población, en el sentido que el trámite de separación se realiza ante municipalidades y notarías mediante el cumplimiento de determinados requisitos de tipo administrativo e incluso otros judiciales. Resulta necesario el estudio de dicho procedimiento y su ordenamiento desde la perspectiva de una tutela jurisdiccional en pro de sus derechos mediante el cumplimiento del Principio Constitucional de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio, reconocido en el artículo cuatro de la Carta Magna Peruana.

La protección de la familia y promoción del matrimonio, así como, el reconocimiento de estas instituciones como naturales y fundamentales, no solo implican su vigencia de manera formal, sino también, las condiciones materiales para permitir ejercer efectivamente sus

derechos. De tal manera que, las condiciones se generarían desde la promulgación de normas leyes de menor rango que permitan promover esos Derechos Fundamentales, también a través de la implementación de mecanismos procesales que permitan su efectivo ejercicio. Por tanto, la naturaleza especial de las relaciones derivadas del parentesco o del matrimonio son consideradas en la esfera privada, no obstante, en su mayoría se regulan bajo normas de orden público, para evitar la desnaturalización de sus finalidades.

La presente investigación consta de dos capítulos. En el primero se presentará respectivamente, el Principio Constitucional de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio, en el ordenamiento nacional e internacional. En el segundo capítulo se analiza a la Ley Nro. 29227, Ley que determina el procedimiento de la S.C.D.U en las municipalidades y notarías desarrollándose en cada uno sus generalidades, concepto y alcances. De tal manera que al tener una plena identificación de las instituciones y el procedimiento, permitirá realizar un correcto desarrollo sobre el análisis de la aplicación de la Ley Nro. 29227 para la disolución del vínculo matrimonial desde la perspectiva constitucional de los principios mencionados, y si es que finalmente se cumple con las exigencias en el reconocimiento de derechos para hacerlos efectivos en un procedimiento ante las municipalidades o notarias y tenga concordancia con las garantías constitucionales dentro de un marco del Estado de Derecho.



Capítulo 1

El principio de protección de la familia y promoción del matrimonio

1.1 Persona, matrimonio y familia

La relación entre persona, matrimonio y familia se puede expresar inicialmente de la siguiente manera: toda persona nace dentro de una familia. La familia encuentra su principal origen en el matrimonio y el matrimonio inicia cuando dos personas, que cumplen los requisitos establecidos en la ley, deciden libremente contraerlo.

A continuación, para plantear la relación referida, se iniciará con el concepto de persona establecido por Tomas de Aquino, quien sigue una definición tradicional. Concibe a la persona como una “substancia individual de naturaleza racional”. Etimológicamente, substancia deriva de estar debajo, es decir debajo de los diversos estados de consciencia que cambian; no obstante, hay algo que no cambia esencialmente, que es la subjetividad de la persona (Gonzales, 2012).

Se señala que la subjetividad es la que se compromete en los actos libres, pasando a través de nuestra conciencia. Es por ello que se puede ser mejor o peor persona mediante los actos libres que se realicen, ya que conserva en sí misma sus propias acciones o al menos su valor moral, orientándose a una mayor o menor actualización de sus potencialidades (cf. Buttiglione, 1999, p. 114).

Por lo tanto, la substancia de la persona es individual. Toda persona es responsable de sus propias acciones, en su causa y origen. El hecho que la actuación de las personas esté condicionada por el ambiente, la sociedad, por el contexto general de la existencia no cambia el hecho de que a pesar de todo somos los autores (cf. Buttiglione, 1999, p. 115).

Referente a la persona existe otro aspecto relevante a considerar como es la dimensión social. Al respecto, el autor Rocco Buttiglione explica qué persona hace alusión a la palabra máscara, la que en los teatros se colocaba sobre el rostro. Así, en un sentido amplio, la palabra persona significa el papel teatral interpretado junto a otros papeles (cf. Buttiglione, 1999, p. 115).

Esto último es importante porque, como en toda obra de teatro, la función del personaje es la de participar en el desenvolvimiento del drama y, con ello ir dirigiendo el sentido de la existencia de los personajes. De esta manera, en un sentido estricto, las personas son conscientes de sí mismas, pero al mismo tiempo viven en constante relación con los demás.

En esta misma línea, el filósofo Aristóteles refiere que el ser humano es por naturaleza un animal político por lo cual solo puede vivir en el seno de una sociedad y, por ende, en ella puede encontrar lo necesario para vivir, formarse, adquirir virtudes, realizarse y llegar a ser feliz (cf. Sánchez Meca & Abad Pascual, 2015).

Por consiguiente, la definición de persona se establece desde dos aspectos que son complementarios. Por un lado, el ser en sí mismo como racional, en lo que, como se ha mencionado anteriormente, hace referencia a “dicha substancia individual de naturaleza racional”. Y, al mismo tiempo, se encuentra definida desde un aspecto social, por el que se relaciona con otras personas para la supervivencia. El nacimiento de la misma es el primer momento en el cual necesita indispensablemente de otros para subsistir por ende ese espacio debe ser llenado por la familia.

El Papa Juan Pablo II en su discurso en una Audiencia General del 14 de noviembre de 1979, emplea una frase para hacer referencia a la familia como comunión de personas. La comunión sólo puede ser formada por una doble soledad del hombre y la mujer por la cual en ambos se genera la posibilidad de ser y existir en una reciprocidad particular (cf. Murphy, 1980, pp. 2–3).

Dicha reciprocidad es posible con lo que se constituía fundamentalmente por la distinción en ambas naturalezas, varón y mujer y con la plena identificación de la individualidad de cada uno de ellos, por ende, se incluye la autoconciencia y la autodeterminación, es decir se refiere a la subjetividad y conocimiento del propio ser (cf. Murphy, 1980, p. 3).

En la definición antes empleada para familia, el término utilizado es el de “comunión” y no de “comunidad”, debido a que el primero es más preciso. El término “comunión” hace referencia a la unión de ambas soledades, como anteriormente se ha mencionado, en el cual se genera un núcleo para la formación de otra persona, y así constituir una familia ya que define esa ayuda mutua, que se deriva del hecho mismo de existir una persona junto a otra, es decir, en el matrimonio. A diferencia del segundo término “comunidad” que es un término genérico y con muchos significados, se refiere a la sociedad, esto es, el conjunto de familias en el cual se vive en interacción (cf. Murphy, 1980, p. 4).

Por su parte, la doctrina define a la familia como un grupo social de individuos unidos por lazos de matrimonio o de afinidad, y consanguíneos, que comparten factores biológicos, psicológicos, sociales y culturales que afecta su salud individual y colectiva, que además tienen relaciones personales directas debido a que interactúan y conviven de forma permanente, generando formas de organización y acción económicas y afectivas con el compromiso de satisfacer necesidades mutuas y de crianza (cf. Castillo & Torres, 2013, p. 12).

En este sentido, se concuerda con el concepto antes mencionado. La familia es definida como el conjunto de personas que se encuentran vinculadas por lazos afectivos y consanguíneos o adoptivos, lo que constituye la base de todo grupo de personas. Así, por ejemplo, es necesario

crear un primer vínculo entre padres e hijos, ya sea de manera biológica o adoptiva, para la protección y alimentación de los hijos en un inicio, y en el futuro posiblemente de los padres.

En el ámbito jurídico, la familia es más que un elemento jurídico, es por su propia naturaleza una institución reconocida por el Derecho y no creada por él, debido a esa necesidad social del hombre, mediante la cual puede satisfacer sus necesidades emocionales y materiales para su vida. No existe en la legislación peruana una definición de familia, pero existen artículos que la regulan en determinados aspectos, entre los que se encuentran, las relaciones o vínculos que tienen relevancia jurídica, como por ejemplo lo establecido en los artículos 326, 327 y 328 del Código Civil Peruano correspondiente al parentesco consanguíneo, parentesco por afinidad o parentesco por adopción.

El Código Civil Peruano no establece un tipo de familia o un único origen para la formación de la familia. Sin embargo, es notoria la estrecha relación entre la familia y el matrimonio debido a la consideración del matrimonio como uno de los orígenes para la formación de la familia y para un mejor cumplimiento de sus fines. De modo tal, que en el artículo 234 del mismo cuerpo normativo, define al matrimonio como: “(...) la unión voluntariamente concertada por un varón y mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código a fin de hacer vida en común (...)”. Por lo tanto, se interpreta que la finalidad del matrimonio es hacer vida en común. Además, de reconocer para ambos cónyuges igualdad de autoridad en el hogar, así como, de derechos y deberes.

El origen del matrimonio civil está en el Derecho Romano. En el cual se constituyeron los elementos de la Institución civil que presentaba diversas formas de celebración. En todas las formas de matrimonio se caracterizaba como un acto privado, no oficial y disuelta por divorcio o repudio (cf. H. Cornejo, 1982, p. 29). No obstante, en cuanto al aspecto formal del matrimonio, no se exigía en el Derecho Romano debido a la mentalidad pagana en aquella época, es así que, el reconocimiento de la forma de celebración del matrimonio se realizó en el Derecho Canónico (cf. D’Ors, 1960).

Por lo tanto, se hará referencia a la legislación del Derecho Canónico sobre el matrimonio. Lo define en el canon 1055,1 como: “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

De lo mencionado se pueden distinguir dos momentos, por un lado, la alianza de los cónyuges, es decir, el aspecto negocial o el acto de casarse y, por otro lado, el consorcio de toda

la vida es el aspecto vincular o estado matrimonial. Siendo utilizados ambos aspectos, como núcleo para la regulación en el matrimonio civil.

Dicho esto, el matrimonio está ordenado por su misma naturaleza al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole. El tipo de ordenación es hacia los fines que son naturales e inherentes del matrimonio, es decir entre los fines del matrimonio se encuentra: la ayuda mutua o bien de los cónyuges y la procreación y educación de la prole.

Existe una interdependencia de los fines mencionados que permite el desarrollo ordenado de la vida conyugal, los cuales deben tener un fin estructurado. Esta relación entre los fines es de complementariedad y de reafirmarse mutuamente.

Por lo tanto, al existir una interdependencia entre los fines del matrimonio, en el que se reconoce a la procreación y educación de la prole, se refiere a la importancia que tiene el matrimonio para la formación de la familia, así como el origen de la familia mediante el matrimonio. La relevancia que existe genera una inclinación a la efectiva realización de tales derechos que tiene como objetivo final el de garantizar el bien común.

Es importante tener en cuenta que la familia es una institución natural y social que se ha encontrado presente en todas las civilizaciones y culturas, aunque reconocida de distintas formas (cf. Hernández Rodríguez, 1999, pp. 5–7) y se puede haber encontrado afectada por los diversos cambios en la sociedad que han intervenido esencialmente sobre sus bases de estructuración y finalidad.

En conclusión, el matrimonio es la institución por excelencia que ha fortalecido la idea tradicional de familia. Considerando que existe una plena identificación de la persona como substancia individual de naturaleza racional, a partir de la cual, debido a su naturaleza social genera la idea de comunión en la formación de una nueva convivencia con la finalidad de subsistir. Que con el cumplimiento de sus fines como institución genera familias fuertes. Es fundamental destacar que mediante la institución del matrimonio se genera estabilidad y solidez en la familia, no obstante, se ha visto resquebrajada por factores de diversa índole, como el divorcio.

Por lo cual, se debe brindar protección a estas dos instituciones. El ordenamiento jurídico peruano se encuentra regulado por distintos principios constitucionales entre los que se encuentran el principio de protección de la familia y promoción del matrimonio reconocidos en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

Los principios pueden ser conceptualizados como reglas matices comprendidas en un sentido normativo amplio. Son directrices para la conformación del ordenamiento jurídico, es decir, que contienen las ideas en abstracto de conceptos y derechos. Esto significa que son parte

esencial o base que constituyen la razón o sentido para la promulgación de normas y/o proveen de sentido a las normas ya existentes (cf. Peyrano, 1978, p. 31).

En el marco de un sistema jurídico configurado en el reconocimiento de los derechos es posible catalogar a los principios como derechos que permiten ejercer otros derechos y que promueven una interpretación armonizadora entre derechos igualmente reconocidos (cf. Peyrano, 1978, p. 31).

Por lo tanto, en cumplimiento de las funciones de las normas constitucionales el desarrollo legislativo debe establecerse en concordancia a lo estipulado en la Constitución Política del Perú, así como la interpretación de las normas existentes en su ordenamiento (cf. Cillero, 2007, p. 133).

Estos principios son programáticos al caracterizarse por el reconocimiento de la familia y matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad y por la reserva legal que expresan, que si bien es necesaria la exigencia formal de ley aún ejercen una aplicabilidad inmediata que determina un contenido que debe ser protegido por el Estado y la sociedad (cf. Morales, 2002, p. 153).

En ese sentido, es necesaria la implementación de diversas políticas públicas que protejan a la familia y al matrimonio como instituciones. Entre las cuales existe una estrecha y básica relación de origen. Por ende, la concepción tradicional de la familia edificada sobre el parentesco, la convivencia y sexualidad heterosexual es reforzada por excelencia en la institución del matrimonio (cf. Castillo & Torres, 2013, p. 13).

Por lo tanto, es importante analizar el contenido de los principios que integran a estas dos instituciones naturales y fundamentales que se mantienen a lo largo de la historia, en las cuales se satisfacen la mayoría de los derechos fundamentales de las personas desde el nacimiento de las mismas y también en cumplimiento de un aspecto social en la formación de la sociedad.

1.2 Marco normativo de la protección de la familia y de la promoción del matrimonio

El bienestar familiar y de la sociedad en general se encuentra sujeto al respeto y la igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de cada uno de los miembros que la integran en todo el mundo (cf. Awid y Sexual Right Initiative, 2015).

Se reconoce en el matrimonio y familia su vital importancia en la formación de las personas como sujetos de derecho, ya que todas las personas tienen derecho a una vida familiar, la cual debe ser garantizada por el Estado (cf. Awid y Sexual Right Initiative, 2015). No obstante, la unidad familiar no se reconoce jurídicamente como un sujeto de protección de

derechos humanos. Por tanto, la legislación internacional y nacional reconoce los derechos y libertades de los individuos en el contexto familiar.

La formación de una familia es un derecho de todo individuo, reconociéndose una diversidad en los tipos de familias, como es el caso del ordenamiento jurídico peruano, que no busca excluir ni discriminar, sino, reconocerlas como una institución natural (cf. Awid y Sexual Right Initiative, 2015).

1.2.1 Marco normativo internacional

Hacen referencia a las instituciones de la familia y el matrimonio, así como, la relación entre las mismas. Entre las principales ideas se encuentran:

En primer lugar, el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, asimismo, el derecho que tiene a la protección por parte de la sociedad y del Estado. Este reconocimiento es semejante en el inciso 3 del artículo 16 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, así como en el inciso 1 del artículo 17 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos², al igual que, el inciso 1 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³.

Existe el mismo reconocimiento de la familia en el inciso 1 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, el cual añade que el Estado debe velar por una adecuada situación moral y material de la familia. Esto último puede ser comprendido tanto en el aspecto personal, como el lado espiritual, psicológico, formación de valores y principios, así como un comportamiento formado en la ética de cada uno de los miembros que integran la familia, al igual que, sobre el aspecto económico el cual es indispensable para el desarrollo y subsistencia de la persona.

De igual manera, en el inciso 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁵, además de reconocer a la familia como elemento natural y fundamental, realiza una especial referencia a que la protección de la institución debe procurarse, principalmente, al momento de su constitución y cuando se encuentre al cuidado y educación de la prole. Este inciso procura la protección a la familia como conjunto y desde el

¹ Fue proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París.

² También denominada Pacto de San José en el año 1969. Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos. En 1978 Perú ratificó este protocolo.

³ Fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y el 23 de marzo de 1976 fue su entrada en vigor.

⁴ También denominado Protocolo de San Salvador en el año 1988. En el año 1995 el estado peruano ha ratificado este protocolo de la Organización de los Estados Americanos.

⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General. El 3 de enero de 1976 entró en vigor.

momento que se origina y resalta su especial cuidado, en concordancia con el cumplimiento de uno de sus fines, como lo es en la responsabilidad para la formación de personas.

Por lo tanto, reconoce a la familia como un elemento natural y fundamental, es decir, es intrínseca a la naturaleza del hombre y constituye en su conjunto la base para la sociedad. Debe ser reconocida y protegida por el Estado y la sociedad, ya sea, en los ámbitos intrínsecos y extrínsecos, de especial manera, para aquellas que asumen la responsabilidad de la formación de hijos.

En segundo lugar, se refiere al matrimonio, en el reconocimiento del derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, sólo cuando estos se encuentren en la edad adecuada para contraerlo, recogido en el inciso 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De igual manera, es reconocido en el inciso 1 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con el añadido que, el ejercicio del derecho se realiza sin ningún tipo de discriminación por motivos de raza, nacionalidad o religión. Lo mismo, establece el inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adiciona que ese ejercicio del derecho sea acorde a las legislaciones internas de cada Estado parte y, además, sea acorde con el principio de no discriminación establecido en la Convención.

De manera similar, se reconoce el derecho a constituir una familia acorde a la legislación interna de cada Estado parte, según el inciso 2 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, a diferencia de los antes mencionados tratados, no se refiere a ningún principio de no discriminación, ni refiere sobre cumplir con la edad adecuada para contraerlo, no obstante, lo que podría interpretarse como incluido dentro de la formación de una familia en correspondencia al cumplimiento de las disposiciones internas de cada Estado parte.

Por consiguiente, en el reconocimiento del derecho de cada persona a contraer nupcias y conformar una familia. Es factible la interpretación de establecerlo como un nexo intrínseco entre las instituciones del matrimonio y la familia como la base que representa el matrimonio para la constitución de la familia. Todo en cumplimiento de las disposiciones internas de cada Estado parte, en las que se incluye la edad correspondiente en cada ordenamiento interno de los Estados parte para celebrar un matrimonio y en ejercicio del derecho desde el principio de igualdad.

En tercer lugar, se encuentra lo relacionado al consentimiento emitido de manera libre y plena para contraer matrimonio. Este requisito indispensable es reconocido de igual manera en: el inciso 3 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el inciso

2 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, inciso 3 del artículo 17 en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la última parte del inciso 1 del artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶.

En consecuencia, existe de manera unificada la idea de que para la celebración del matrimonio es indispensable el consentimiento. El cual debe ser emitido de manera libre y plena, lo que evidencia que nadie puede verse forzado o sometido para contraer nupcias. Siendo el aspecto negocial del matrimonio, esto es, la subjetividad y voluntad de ambos contrayentes.

En cuarto lugar, determina que los cónyuges tienen iguales derechos en cuanto al matrimonio, ya sea en el acto de contraerlo, en el estado matrimonial y en caso de disolución del matrimonio con base a lo estipulado en la última parte del inciso 1 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se complementa con lo estipulado en el inciso 4 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual, además establece e invoca a que los Estados partes tomen las medidas apropiadas para asegurar esa igualdad, al inicio, durante y en caso de disolución del matrimonio.

A lo que, adiciona, en el inciso 4 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la participación de los Estados parte mediante las medidas apropiadas y el reconocimiento de la igualdad de derechos, precisa además, que debe existir una equivalencia de responsabilidades en el matrimonio. Siendo el documento internacional que tiene un mayor alcance en lo referido al matrimonio.

En consecuencia, reconoce la igualdad entre los cónyuges, al mismo tiempo que específica en relación a la equivalencia de responsabilidades y a una participación conjunta de los cónyuges en la institución del matrimonio y, sobre todo, resalta y exige la participación activa de los Estados parte en procurar con las medidas necesarias se produzca en la realidad la igualdad de derechos en el matrimonio.

En quinto lugar, se establece en el inciso 3 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la protección que los Estados parte deben brindar al grupo familiar, estableciendo entre los miembros:

- a. La madre gestante antes y durante un lapso razonable del parto.
- b. La alimentación de los niños durante su tiempo de lactancia, así como el período escolar.

⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General. El 2 de septiembre de 1990 fue su entrada en vigor.

- c. Los adolescentes para que tengan un pleno desarrollo de sus capacidades intelectuales, morales y físicas.
- d. A la formación familiar mediante programas especiales para crear ambientes estables y positivos en el que los niños perciban y desarrollen diferentes valores.

Entonces, este protocolo especificó la protección de las personas en función a su vulnerabilidad y dependencia tanto material como inmaterial. Resalta la protección a las madres gestantes y el inicio de vida de las personas, así como su alimentación desde la lactancia hasta los años escolares y así continúa reconociendo las distintas etapas de la persona, en las cuales depende de sus cuidadores y, sobre todo, resalta aquella formación familiar para generar un impacto positivo en el cumplimiento de su función en la educación de personas.

En sexto lugar, en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una limitación en la intervención del Estado frente a la formación que los padres, o en caso, miembros de la familia ampliada o comunidad, según sea la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente, que imparten en la formación a los niños. Es importante señalar que la función o deberes que sean ejercidos sobre los niños en relación a la formación debe concordar con todos los derechos reconocidos en la Convención.

Es importante destacar la protección brindada a los menores en su formación, debido a que, si bien el Estado no tiene la facultad de intervenir en la formación de los padres con sus hijos, si establece el límite a los padres de hacerlo conforme a las disposiciones de protección de los niños recogidas en la Convención.

En último lugar, en caso de disolución del matrimonio, se toman medidas que aseguren la protección necesaria a los hijos acorde a lo establecido en la última parte del inciso 4 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo que, además, se recalca en la última parte del inciso 4 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que añade a dichas disposiciones para la protección de los hijos, sobre la base del interés y conveniencia de ellos.

Por ende, en caso de divorcio se procurará la mayor y mejor medidas de protección para los hijos. Nos remite a lo que se denominaría el Principio de Interés Superior del Menor, que frente al desenlace de las crisis familiares se verán protegidos sus derechos e interés, procurando su salvaguarda y protección. Estableciendo como un determinado momento de necesidad para el desenvolvimiento de un rol tutelar por parte del Estado para la protección de esos niños.

Finalmente, es resaltante el reconocimiento de la importancia de la familia y el matrimonio en relación a la persona y la sociedad. El reconocimiento ha sido notablemente tutelado desde sus inicios por el Derecho Internacional, y al ser ratificados por los Estados parte

deben integrar estas garantías y derechos en sus respectivos ordenamientos internos. Existe concordancia en la relevancia y legislación de las instituciones de familia y matrimonio en el ámbito internacional, si bien, debido a su naturaleza internacional, sólo contendrían reconocimiento de las mismas y parámetros generales. Se afirma el reconocimiento de familia como una institución fundamental y natural y, por otro lado, se reconoce al matrimonio como institución a la cual acceder y a través de la cual conformar una familia.

1.2.2 Marco normativo nacional

En la legislación interna de Perú se encuentran distintas normas referidas a la familia, reguladas desde distintos ámbitos. Resalta, específicamente, en una perspectiva general, los principios de protección de la familia y promoción del matrimonio por lo que se hará énfasis a la Constitución peruana y al Decreto Legislativo No. 1408.

La Constitución Peruana en su artículo 4 determina: “La comunidad y el Estado (...) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. En concordancia a lo establecido en los Tratados Internacionales en los que se encuentra ratificado el Perú con base al artículo 55 y a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna.

Existen, además, otros artículos en la Constitución Peruana que legislan de manera indirecta a las instituciones de la familia y el matrimonio. Así tenemos, el inciso 2 del artículo 7 por el que se encuentra el derecho de toda persona a la intimidad personal y familiar, así como, en el artículo 6 sobre el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Y los hijos tienen el deber de asistir y respetar a sus padres. Y en el artículo 7 con relación al derecho de protección del medio familiar y de la comunidad. Es importante resaltar que no existe un reconocimiento de la unidad familiar, más bien reconoce a la familia como un aspecto de la persona que merece protección.

El Estado, en concordancia con el principio de protección de la familia, emite distintas normas para cumplir con dicho fin. Entre las más relevantes se encuentra el Decreto Legislativo No. 1408 para el fortalecimiento y prevención de la violencia en las familias⁷. Declara que se encuentra en una situación prioritaria los derechos de igualdad y no discriminación. Ordena a las familias en los diferentes ámbitos. En su artículo 4 describe los principios que orientan la actuación del Estado para la prevención de violencia en familias, estableciendo:

⁷ Promulgado el 12 de septiembre del 2018. El cual en su única disposición complementaria deroga la Ley No. 28542 denominada Ley de Fortalecimiento de la Familia.

1) Protección de las familias y una atención prioritaria en situación especial, por el que independientemente de las distintas formas de organización de la familia, todas tienen protección del Estado, resalta como prioridad a aquellas que se encuentren en estado de vulnerabilidad.

2) Igualdad y no discriminación, el derecho de todos los integrantes de la familia por el respeto en condiciones de igualdad para el ejercicio de las responsabilidades y obligaciones de cada uno, con especial atención y cuidado en los miembros reconocidos como vulnerables.

3) Interés superior del niño, niña, adolescente, en función a su desarrollo personal. Todas las decisiones que se tomen sobre ellos deben ser en pro del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en respeto de su vulnerabilidad y cumpliendo con su deber de posición de garantes.

4) Corresponsabilidad familiar, es decir, una distribución igualitaria de las tareas del hogar y su mantenimiento económico. Las cuales consideran las capacidades, dificultades de la tarea, y el tiempo en relación a la edad y madurez de cada integrante de la familia. Adicionalmente que el sostenimiento económico corresponde tanto a hombre como mujer.

El artículo 6 se refiere al derecho a vivir en familia. El Estado y la sociedad reconocen el derecho de cada persona a vivir, y tener en el desarrollo de las distintas etapas de su vida, una familia de manera íntegra. En la cual no se encuentren afectadas ni su dignidad ni se vulneren sus Derechos Fundamentales.

El artículo 8 establece las obligaciones del Estado para la promoción de la familia libre de violencia que busca su fortalecimiento y desarrollo, así como, la protección especial de los menores de edad. Propone una implementación de programas y políticas públicas que promuevan y fortalezcan el entorno familiar, a través de la equidad en la participación activa entre los miembros que integran la familia.

En consecuencia, el Estado está llamado a intervenir en apoyo a la familia sobre la base del principio de subsidiariedad. Es decir, en aquel caso en el que la familia es autosuficiente tendrá que dejarla actuar autónomamente. El Estado promulga normas con el fin de proteger a las personas en un entorno familiar adecuado, para lo cual establece principios que orientan la actuación del Estado, por ejemplo, para prevenir los casos de violencia (M. Cornejo, 2000, p. 24).

Por tanto, señala los estándares mínimos para un entorno familiar adecuado, como por ejemplo la corresponsabilidad familiar, esto quiere decir, reconoce una responsabilidad conjunta de los miembros de la familia, lo que se traduce por ejemplo en una distribución igualitaria de tareas domésticas. Con el fin de crear una convivencia saludable y armoniosa.

Además, sólo en aquellos casos donde la familia no es autosuficiente, el Estado tiene la facultad y el deber de intervenir (M. Cornejo, 2000, p. 24). Mediante una legislación concordante de normas y mecanismos de solución de crisis familiares, que brinde un apoyo a los miembros vulnerables o en desventaja en un entorno familiar no adecuado, así como exigir el cumplimiento, de los deberes por parte del titular o responsable del mismo para la satisfacción del derecho de otro de los miembros, como es el caso del Derecho de Alimentos.

Puesto que la protección de la familia conforma un derecho integral que se encuentra relacionado con otros Derechos Fundamentales como el de Igualdad y No Discriminación o el Derecho a la identidad, por ende, se debe procurar el pleno ejercicio de sus derechos a todos los integrantes de la familia. Por lo tanto, la legislación de la familia en su marco normativo internacional y nacional, evidencia la importancia de la familia para el Estado y la sociedad, especialmente, en la protección de los Derechos Fundamentales de las personas dentro de la misma. La aplicación de normas y políticas públicas son fundamentales para la protección de la familia y en el desarrollo integral de sus miembros.

1.3 Principio de protección de la familia

Los principios constitucionales han sido inspirados teniendo en cuenta la normativa internacional sobre Derechos Humanos que han sido ratificados por el Perú. Además, tienen una vinculación en todos los poderes públicos y al ser de origen inmediato de derechos y obligaciones, no son solamente principios programáticos (cf. Infante-Rojas, 2019, p. 22). En ese sentido, se protege el mínimo contenido establecido dentro del principio, lo que además se materializa en el ordenamiento normativo.

Específicamente, el Principio de Protección de la familia se regula en el Derecho de Familia. Este principio es fruto de la incorporación de los progresivos reconocimientos hacia la naturaleza humana porque considera al hombre en una realidad social concreta, debido a su pertenencia a un grupo familiar en el que se desarrolla como persona.

Así, con base en este principio, la familia es considerada uno de los pilares más importantes de la sociedad, en cuanto representa a la persona como un ser colectivo que intenta salvaguardar el bien común de la humanidad. La familia tiene carácter histórico ya que trasciende en el tiempo y tiene como base principal el sentir afectivo entre sus miembros.

Es importante resaltar que en virtud del artículo 6 de la Constitución Política Peruana reconoce la política nacional de la población que tiene como objeto difundir y promover la maternidad y paternidad responsables, así como el derecho de las familias y de las personas a decidir. Lo que se interpreta como un límite al ejercicio del Estado sobre la familia. Y en el

mismo sentido, el Estado asegura los programas de educación, la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

1.3.1 Definición de protección

La definición de protección es la de resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándolo. Adicionalmente, se conceptualiza como amparar, favorecer, defender a alguien o algo (cf. Real Academia Española, s/f-b).

Lo que implica el establecimiento de medidas que eviten la vulneración o riesgo en cuanto sea posible, además de determinar que tiene preferencia o favorecimiento en aquellas situaciones ejercidas en su contra o que la vulneren.

Por tanto, es importante identificar el objeto de la protección de este principio constitucional que debido a su naturaleza fundamental se desarrolla sobre todo el ordenamiento jurídico peruano y es observado por el mismo, el objeto de protección es la familia.

1.3.2 Definición de familia

En el Derecho, la palabra familia es utilizada con mucha frecuencia, tanto en las constituciones como en las leyes, no obstante, no se ha establecido una definición legal ni alcance para la misma, por lo que se iniciará con un concepto etimológico, según las distintas corrientes:

La primera corriente señala que familia procedería del sánscrito con los vocablos *dhá*, asentar, y *dhaman*, asiento o morada, que significa casa doméstica y, en un sentido más específico, los bienes pertenecientes a esa morada, es decir, el patrimonio (cf. Corral Talciani, 2005, p. 21). Esta corriente tiene principalmente referencia al aspecto patrimonial en general, por lo que no se presenta alguna referencia a un aspecto personal, es decir, de los miembros de la familia.

A diferencia de la siguiente corriente, en la cual familia proviene de la raíz *vama* que significa hogar o habitación, la cual incluye a todos los sujetos que compartían un mismo techo. En un sentido vulgar, el concepto es el de un complejo de habitación, residencia, vestido, que se refiere a un lugar, casa (cf. Ramos Pazos, 2009, p. 9). Se continúa con el aspecto patrimonial pero específicamente referido al lugar, además, incluye el aspecto personal, es decir, a las personas que coexisten en una residencia.

De manera distinta a las anteriores corrientes, para otros autores sostiene su origen itálico y alegan que en su naturaleza está la voz latina *fames*, que significa hambre. En este sentido, denominan a la familia como el lugar donde se satisfacen necesidades fundamentales (cf. Corominas & Pascual, 1984, p. 864). Reconoce un aspecto personal de la familia al referirse a una de sus principales finalidades como organización porque su significado es hambre o

primera necesidad que se satisface en el hogar, es decir, la primera conformación o primer grupo o círculo de la vida de una persona, de manera tal que depende del cuidado y protección de sus miembros para su supervivencia y futura formación como persona y ciudadano.

Finalmente, la corriente con mayor aceptación establece que familia viene de *famulia*, *famulus*, *famel* que significa siervo, es decir, equivaldría al número de criados de una casa. En Roma, donde se establecieron las bases jurídicas para la familia, se definía desde dos perspectivas: personal y patrimonial. Desde una perspectiva personal como aquella conformada por las personas que por la naturaleza o por derecho estaban sujetas a la potestad, *domus*, de una sola persona denominada *pater familias* y desde el aspecto patrimonial hace referencia a la cantidad de bienes que se encontraban a su disposición (cf. Parra, 1995, pp. 92–93).

Se puede definir familia como la reunión de todas las personas y cosas bajo la potestad y dominio del jefe, el *pater familias*, quien ejercía la autoridad. Con base en esa definición de familia, el *pater* no significa padre en sentido biológico, sino, jefe. Por ende, desde esa perspectiva, la procreación no es el único vínculo entre las personas que pertenecen a una misma familia, sino más bien la sujeción a un jefe común, el *pater familia*. Por lo cual, la familia estaría compuesta por el padre, la madre, los hijos y los esclavos. En este sentido, se refiere al vínculo civil de agnación, el cual se constituye por la descendencia paterna o la adopción. De esa manera, se denota el concepto de familia como un vínculo jurídico fuerte e inherente a la estructura patriarcal y calificada como jerarquizada (cf. García, 2011).

Además, existe el vínculo de cognación que proviene del latín *cognatio*, el cual deriva del verbo *gigno* que significa engendrar. Se define como el parentesco natural o el vínculo de sangre que existe entre personas que descienden una de la otra o quienes tienen un tronco común, en el cual existen dos tipos de parientes: en primer lugar, los parientes en línea recta que son aquellos que descienden uno de otros por medio del nacimiento, y pueden comprender, en sentido ascendente: padres, abuelos, bisabuelos; como en sentido descendente: hijos, nietos, bisnietos. Y, en segundo lugar, los parientes en línea colateral que son aquellos que no descienden directamente uno de otros, no obstante, tienen un ascendiente o tronco común, se encuentran, hermanos, tíos, sobrinos, primos (cf. García, 2011).

También incluía al vínculo por afinidad o *adfinitas* definida como el vínculo que une a los cónyuges con los parientes del otro cónyuge (cf. García, 2011).

Por lo tanto, se puede definir a la familia desde muchos aspectos debido a su naturaleza compleja como institución natural y fundamental en la sociedad. Para la autora Gisele Groeninga, familia puede definirse como:

(...) Un sistema y, como tal, un conjunto de elementos interactuantes que evoluciona con el tiempo y se organiza de acuerdo con sus propósitos y el ambiente. Como hecho social total, es tanto una relación privada como una institución donde se establecen vínculos privados, afectivos y económicos. Contiene una división de tareas, responsabilidades y competencias entre sus miembros. Cada familia está estructurada de una manera original. Implica relaciones asimétricas entre sus integrantes y, como institución social, requiere de normas jurídicas que definan los derechos y deberes de cada uno que la sociedad debe garantizar, sea cual sea su configuración. Cierta es, entonces, la afirmación que sostiene que la familia es una institución social que, cuando es regulada por el Derecho, se transforma en una institución jurídica (Groeninga, 2003, p. 136; como se citó en Varsi, 2011, p. 22).

Añade la misma autora que: "(...) para definir la familia como sistema estamos trayendo el concepto de que un sistema es mayor que la suma de las partes. Además, son elementos interactuantes que mantienen una relación de interdependencia. Así pues, el destino de uno de los elementos afecta a los demás. Al decir que la familia evoluciona en el tiempo y se organiza de acuerdo con sus propósitos y el medio social subrayamos, una vez más, no solo la interacción entre sus miembros sino también su relación con lo social, interacción humana necesariamente afectiva. La familia es paradigmática y la base de toda estructura social. En relación directa con la sociedad, sufre influencias, al mismo tiempo que influencia, en una relación dialéctica (Groeninga, 2003, p. 136; como se citó en Varsi, 2011, p. 22).

Es innegable, y desde distintas perspectivas, que la familia es una institución reconocida como el cimiento de la sociedad. No es una creación jurídica, más bien, es reconocida por el derecho y legislada en distintos aspectos, mínimos en las que prima la autonomía, como normas dispositivas, como los señalados en el párrafo precedente. La familia es el elemento natural de la sociedad y al ser anterior al Estado funda la sociedad, por lo tanto, el contexto social de un Estado es el reflejo de la situación de sus familias.

Es conveniente precisar que, los miembros en las familias tienen una relación vincular existente por el parentesco, que tiene como base lo reconocido en el Derecho Romano. Acorde al artículo 237 del Código Civil Peruano, el parentesco por afinidad es el que encuentra su origen en la celebración del matrimonio, es decir, produce el vínculo de cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Asimismo, en el artículo 236 y 238 del mismo cuerpo normativo establece el parentesco consanguíneo como el vínculo entre las personas que descienden una de otras, en el que se incluye los mismos efectos para el parentesco por adopción, respectivamente. Entonces los elementos constitutivos o fuentes de la familia son el matrimonio y filiación debido a que la adopción es configurada como un tipo de filiación.

En cuanto a los tipos de familias, la doctrina suele hablar de familia en dos sentidos, restringido y amplio. En el primer sentido, se encuentra la familia nuclear que comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual entre los cónyuges y las relaciones de interdependencia con su descendencia. Desde esta perspectiva, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. En el segundo sentido, se refiere al conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista incluye, además, de la familia nuclear, a los abuelos, tíos, primos, etc. En este sentido, se reviste de importancia jurídica puesto que las relaciones a que da lugar son las determinadas en el Derecho de Familia.

La dimensión social de la persona está constituida en primer lugar por la familia. Es el primer núcleo donde el ser humano puede coexistir; es decir, interrelacionarse y socializar con otras personas. Visto de esta forma, las funciones de los miembros de la familia son: biológicas, psicológico y afectiva, reproductiva o sexual, socializadora, económica, modeladora y educativa, espiritual, normativa y recreativa (cf. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 23).

Ahora bien, en la familia se encuentran tanto intereses particulares, es decir, cada uno de sus miembros e intereses como organización, los intereses propios se encuentran en armonía con los fines de la familia como grupo social, contribuyendo sus miembros al logro de los intereses de ésta, puesto que el desarrollo como persona no se encuentra en contraposición con los intereses de la familia como conjunto. Los fines de la familia son:

1. Procreación para garantizar la pervivencia de la especie.
2. Reproducción social de las costumbres, cultura e identidad social.
3. Dar seguridad afectiva y económica a cada uno de sus miembros.
4. Enseñar a sus miembros a socializar con el propósito de prepararlos para la interacción social.
5. Formación de sus miembros.
6. La participación en el desarrollo integral de la sociedad.
7. Inculcar el respeto por la autoridad y las normas de comportamiento social, así como la socialización de roles y modelos de conducta social (cf. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 22)

Entonces, la familia por su propia naturaleza tiene un interés familiar como conjunto de todos sus miembros y como comunidad se encuentra al servicio de las personas que la integran. Por lo que se puede concluir que el bien personal, de cada individuo, con el bien de la familia, en conjunto, no se excluyen, sino que se superponen e integran. La familia no desconoce los derechos de sus miembros, sino que más bien los asegura (cf. Capparelli, 2010, pp. 44–45).

En particular al tener una plena identificación del significado de protección como salvaguarda o la defensa ejercida sobre la familia. Debería existir conformidad con la idea que,

si bien en la familia se cumple con un interés propio, que es el de salvaguardar los derechos de cada uno de sus integrantes. No obstante, en aquellos casos de crisis familiar en los que se produce un resquebrajamiento en la familia, en los cuales no se puede cumplir con los fines de la Institución, el Estado tendría que intervenir supletoriamente para cumplir dicho fin, a través de los medios exógenos adecuados, en concordancia con las normas y principios que emite para todo el territorio peruano.

1.3.3 *Implicancia de la protección de la familia*

La protección a la familia como unidad se basa en resguardar y defenderla de todo aquello que la coloque en una situación de peligro, además, del respeto de su autonomía para su despliegue y desarrollo en libertad, y cumplimiento de sus fines.

Inicialmente, la protección de la familia es ejercida por sus propios integrantes hasta llegar al Estado y la sociedad. Las relaciones del estado familiar son en gran parte el cumplimiento de derechos y deberes, es decir, los derechos generados en la familia como medio para el cumplimiento de deberes (cf. Castán Tobeñas, 1994, p. 57).

Es importante resaltar la autonomía de la voluntad dentro de las relaciones familiares que procuran el bienestar de cada uno de sus miembros, además del respeto de su autonomía para el cumplimiento de sus fines. En razón a lo cual, las actuaciones de las instituciones públicas se encuentran limitadas debido a que la intromisión de las leyes y del Estado pueden ocasionar injusticias cuando las familias cumplen con las funciones que le son propias (cf. Díez-Picazo & Gullón, 2004, p. 44).

En la familia las partes gozan de autonomía para constituirse como tal y organizan su vida de hogar de acuerdo a sus costumbres e intereses. No obstante, se precisa que no pueden hacerlo al margen de las normas que establece la legislación familiar puesto que serían contrarias al orden público y se generaría un caos en la sociedad. Este reconocimiento y legislación es lo que se constituye como la legitimación social de la familia a través del derecho (cf. Pérez Berrios, 2016, p. 35).

Actualmente, la sociedad es susceptible a los cambios en diversos aspectos, que influyen en las crisis familiares. Estas últimas son generadas por el problema de unidad familiar o por un exceso de individualismo por los miembros, que se acrecientan con la dificultad de asumir los compromisos y deberes de constituir una familia, más aún cuando su constitución se basa en relaciones afectivas, por ende, es necesario que las personas cumplan con dichos compromisos, de los derechos y deberes reconocidos en estas instituciones, y se apliquen las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento.

Por lo que es necesaria una manera de gestionar las relaciones entre los miembros de la familia. Ante esta situación surge el Derecho de Familia como un elemento indispensable para resolver las crisis familiares. Así lo señala el profesor Lasarte al indicar que: “El ordenamiento jurídico ha de suministrar vías de solución para aquellos supuestos en que la falta de concordia familiar, sea entre los cónyuges o entre éstos y sus hijos, requiere medios exógenos de superación de los conflictos” (Lasarte, 2005, p. 14).

Para garantizar la protección a la familia por parte del Estado se propone el cumplimiento de ciertos principios que orientan a la familia, determinados en el Decreto Legislativo Nro. 1408, entre algunos de los que se encuentran la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes de cada uno de los miembros, el cuidado hacia los integrantes más vulnerables, y la participación de manera solidaria entre los miembros de la familia, lo que a través de su correcto cumplimiento en la vida cotidiana de la familia generará mayor estabilidad y armonía.

El deber del Estado de brindar protección a la familia se realiza a través del reconocimiento como principio constitucional, esto quiere decir que, influye sobre todo el ordenamiento jurídico peruano, entre los que se encuentran, los poderes del Estado, incluidos,, los poderes del Estado deberán dictar, integrar y ejecutar normas que contengan el estatuto protector de la familia para así concretar dicha protección al aplicar la normativa específica.

Es importante resaltar que las intervenciones de las autoridades públicas deben ser para el cumplimiento de las finalidades establecidas para la familia, esto es, para salvaguardar los intereses de los miembros más vulnerables en ellas. En concordancia a ello, al Estado le corresponderá, además, contribuir con la creación de acciones en distintos aspectos de la vida familiar, es decir, procurar la organización de los medios idóneos para un desarrollo familiar adecuado. Lo que así manifiesta el autor Eduardo Soto Kloss:

El Estado tiene el deber jurídico/obligación de proteger a la familia y de propender a su fortalecimiento, y ello en toda la actividad estatal, sea en su función legislativa a través de leyes que protejan y fortalezcan, como en su función administrativa a través de la aplicación de aquellas y de las medidas específicas que deba adoptar en su misión de satisfacer las necesidades públicas concretas a través de la prestación de bienes y servicios; pero también esa obligación pesa sobre el órgano jurisdiccional y contralor, puesto que ellos también son, obviamente, órganos del Estado (Soto, 1994, p. 224).

El Tribunal Constitucional Peruano en el fundamento 7 de la sentencia del Expediente Nro. 09332-2006-PA/TC determina que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra afectada por los nuevos contextos sociales. Se encuentran cambios sociales como jurídicos,

entre algunos de los que se encuentran están la inclusión laboral y social de la mujer, la normatividad del divorcio y su alto grado de repercusión, entre otros, que han generado un impacto en la estructura de la familia tradicional nuclear. Con base a ello, reconoce la formación de nuevos tipos de familia con estructuras distintas a la tradicional, entre las que se encuentran, aquellas generadas por el vínculo matrimonial y las que no tienen un vínculo matrimonial, como, las originadas por las uniones de hecho, las familias monoparentales, reconstituidas, entre otras.

En concordancia con lo expresado en el fundamento 11 de la Sentencia Nro. 06572-2006-PA/TC es necesario tener en cuenta que la protección a la familia es independiente de su origen. Existen distintos tipos de familias, y todas son merecedoras de protección frente a cualquier intromisión, por lo que no podría argumentarse que el Estado solo protege a la familia matrimonial, sin embargo, establece que la Constitución Política Peruana promueve la familia matrimonial, ya que supone una mayor estabilidad y seguridad a los hijos.

Además, el mayor intérprete de la Constitución Política Peruana reconoce la institucionalidad familiar como un: “basilar que influye de manera determinante en el desarrollo de la personalidad de los seres humanos que además se encuentra asociado al derecho de integridad personal” como se encuentra en el fundamento 15 de la Sentencia Nro. 01317-2008-PHC/TC.

El interés superior del niño se encuentra muy relacionado con el principio de protección a la familia, tal como ha sido señalado por el tribunal constitucional en el tercer párrafo del fundamento 15 de la sentencia del expediente Nro. 1817-2009-PHC/TC. En él establece a la familia como la primera en proporcionar la mejor protección a los niños, así como en adoptar y ejecutar medidas que favorezcan su desarrollo y bienestar. Por tanto, cualquier decisión familiar que genere alguna limitación al ejercicio de algún derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. En concordancia con lo establecido en el fundamento 15 de la sentencia del expediente Nro. 1821- 2013- THC/TC en el cual los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, cumpliendo con sus deberes para satisfacer los derechos de estos, por lo que resalta la unidad y estabilidad familiar, así como, la presencia activa, participativa y permanente de los padres de manera indispensable para el desarrollo armónico e integral del niño.

Finalmente, en el fundamento 32 del expediente Nro. 2744-2015- PA/TC determina que en cumplimiento del Principio Constitucional de Protección a la familia su esencia se encuentra en garantizar la unidad familiar de quienes la integran, ya que asume a la familia como el lugar

más idóneo para satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas de cada uno de sus miembros.

El ordenamiento jurídico tiene como finalidad regular las relaciones sociales, por lo que deben existir normas que sean acordes a la realidad en la sociedad con el fin de aplicar una normatividad de manera efectiva y legítima.

Por lo tanto, en el artículo 233 del Código Civil Peruano establece la finalidad de la legislación de la familia, que es la de contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución Política del Perú. Desde una perspectiva de las normas civiles, la concreción de este principio, son las que se encuentran en el Libro III “El Derecho de Familia”, que tiene una regulación en distintos aspectos que inciden directamente en la familia como en la institución del matrimonio; entre las que se encuentran normas sobre filiación, derechos de alimentos, derechos sucesorios e incluso normas sobre violencia familiar.

Además, la protección de la integridad física y psicológica de los integrantes de la familia, así como la conformación de las relaciones, los principios y enfoques que deben inspirar esta interrelación se materializa, principalmente, a través del Decreto Legislativo Nro. 1408. Que en conjunto integran un estatuto protector de las relaciones familiares.

Por lo tanto, se debe generar el fortalecimiento a la familia a través de normas que desarrollen políticas de Estado que deben fomentar la permanencia y fortalecer los vínculos familiares, y que busquen el interés familiar con pleno respeto a los Derechos Fundamentales de sus integrantes.

La protección a la familia se realiza a través de una legislación y aplicación de las normas, se realicen políticas públicas de protección por medio de instituciones públicas y privadas para la gestión de iniciativas convenientes a la familia para que propicien el cumplimiento y fortalecimiento de los derechos y deberes de cada miembro en la familia, así como propagar los principios que influyen en la formación de una familia y por la importancia de una familia bien constituida en la sociedad, sin ningún tipo de discriminación.

1.4 Promoción del matrimonio

En la normativa internacional existen una serie de conceptos sobre la institución del matrimonio, entre algunos de los que se encuentra el derecho a contraerlo en igualdad de condiciones y el libre consentimiento como elemento que formaliza el vínculo conyugal, los cuales también se encuentran reconocidos en el ordenamiento peruano.

Así, el artículo 4 de la Constitución Peruana hace referencia a la promoción del matrimonio. El reconocimiento de este principio significa un límite al ejercicio del Estado de

no transgredir en la institución y, por otra parte, un deber de sus órganos y poderes estatales de promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la misma.

El matrimonio se diferencia de cualquier otra forma de relación por ser de naturaleza integral y compuesta, esto significa que los cónyuges tendrán una vida en común, es decir compartirán su vida y recursos, al igual que la unión de sus voluntades junto a la unión corporal orgánica, por ende, en él se crean vínculos de naturaleza jurídica entre los contrayentes y sus descendientes (cf. Girgis et al., 2012, pp. 8–9).

La importancia de la formalización en el matrimonio genera certeza a los cónyuges, a los terceros y al Estado vigilante. La representación de la realidad respecto del matrimonio en la ley es debido a la estabilidad, orden, seguridad y por los enormes beneficios para la sociedad.

1.4.1 Promoción

La palabra promoción de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española presenta cuatro acepciones (cf. Real Academia Española, s/f-a). En primer lugar, se refiere a la acción y efecto de promover, la cual a su vez tiene dos significados que se relacionan. Cada uno de estos significados si bien hacen referencia a distintos aspectos y áreas, presenta en común, una mejora o superación en relación a la persona, bien o acciones que se realicen (cf. Real Academia Española, s/f-a).

En segundo lugar, como el conjunto de los individuos que al mismo tiempo han obtenido un grado o empleo, principalmente en los cuerpos de escala cerrada. Lo que puede ser comprendido como una mejora en el ámbito profesional. En tercer lugar, lo define como la elevación o mejora de las condiciones de vida, de productividad, intelectuales, etc. Que implica una superación en algún aspecto de la vida. Y, en cuarto lugar, el conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas (cf. Real Academia Española, s/f-a).

En resumen, se abstrae que promover es impulsar o mejorar, así como también dar un reconocimiento de preferencia o una categoría superior al igual que una mejor publicidad para que se produzca una efectiva ponderación o preferencia sobre otros objetos similares.

En consecuencia, promover puede conceptualizarse como impulsar el desarrollo o la realización de algo y ascender a alguien a un empleo o categoría superiores. La cual es aplicable al principio constitucional que pretende ascender o ponderar a la institución del matrimonio frente a otro tipo de uniones.

1.4.2 El matrimonio

La institución del matrimonio tiene una propia estructura y valor. Se puede definir según la postura conyugal como:

(...) La unión entre un hombre y una mujer, quienes contraen un compromiso permanente y exclusivo cada uno respecto del otro, el cual se realiza inherentemente en plenitud mediante la generación y crianza conjunta de los hijos. Los cónyuges sellan y renuevan su unión por medio de actos conyugales, es decir, actos que son constitutivos de la parte conductual del proceso reproductivo, de tal forma que se unen como una sola unidad reproductiva (Girgis et al., 2012, p. 4).

Que, además añade: El matrimonio es valioso en sí mismo, pero su orientación inherente a la generación y crianza de los niños contribuye a su estructura distintiva, incluyendo normas relativas a la fidelidad y la monogamia. Este vínculo a la formación de las futuras generaciones también ayuda a fundamentar la importancia del matrimonio en el bien común y el reconocimiento y regulación por parte del Estado (Girgis et al., 2012, p. 4).

Concepto que concuerda con lo recogido en el artículo 234 del Código Civil Peruano en el cual determina al matrimonio como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

En estas concepciones se encuentran los siguientes elementos, que caracterizan al matrimonio como tal: “identidad entre matrimonio y familia, heterosexualidad para la procreación y perpetuación de la familia, unión monógama y estable que se vuelve indisoluble cuando se ha consumado, que se establece con el intercambio del consentimiento libre entre dos contrayentes expresado ante un testigo cualificado y que utiliza forma y ritos para dejar constancia de su existencia ante terceros” (Mosquera, 2013, p. 6).

En primer lugar, que la unión sea voluntaria es decir el consentimiento otorgado en la formación de la unión. El consentimiento es el elemento más puramente romano. No existía matrimonio en casos que no se exprese de manera libre y voluntaria, ni tampoco en casos que se manifestara por ejercicio de la fuerza o la violencia para obligar a una de las partes a contraer matrimonio, es decir, debe ser libre de coacción entre los contrayentes o por parte de terceros. Es un elemento imprescindible debido a que sin él no se formaría ningún tipo de unión (cf. Mosquera, 2013, p. 9)

A continuación, el segundo elemento es la unión entre varón y mujer, lo que implica la heterosexualidad de la pareja que voluntariamente, desea unirse para hacer una vida en común. Este elemento se justifica por su orientación a la procreación que se refiere a la relación de desarrollo y colaboración de la totalidad de las personas en el que se produce la unión corporal de tipo generativo, lo cual es válido aun cuando la pareja no pueda concebir hijos.

En relación al tercer elemento, “que el varón y mujer sean legalmente aptos, se refiere al derecho de estar en capacidad para su constitución. Más allá de la exigencia de ciertas condiciones que se pueden ordenar alrededor de un aspecto biológico y de un aspecto sociológico, ambos son reveladores de la función del matrimonio” (Bénabent, 2003, p. 37). Para contraer matrimonio civil, es necesario que los esposos cumplan determinados requisitos legales.

Con respecto al cuarto elemento, la formalidad del acto, indica la existencia y constitución del matrimonio están unidos a una forma que debe cumplirse. Es por medio del Concilio de Trento que se impone la forma y se prohíben los matrimonios clandestinos. La forma tiene un significado fundamentalmente testimonial que da constancia de la existencia de la nueva unión entre los dos contrayentes (Mosquera, 2013, p. 10). Por ende, “no todas las uniones son matrimonios, mientras que todos los matrimonios implican necesariamente una unión” (cf. Varsi, 2011, p. 48). La celebración del matrimonio se establece acorde a los artículos 248 a los 268 del Código Civil Peruano.

Sobre la forma del matrimonio se señala el carácter particular que tiene este elemento dentro de la estructura del matrimonio, como, acto jurídico de naturaleza especial. Así, el artículo 234 del Código Civil Peruano destaca que el matrimonio debe celebrarse con sujeción a disposiciones, por ende, debe promoverse el matrimonio celebrado conforme a la ley civil, estableciendo de manera imprescindible y excepcional para producir los efectos matrimoniales previstos en el ordenamiento jurídico. Ello no implica que en la ley se contemplen diversas maneras de contraer matrimonio por cuanto al final siempre se celebrará conforme a ley.

Por lo que, puede realizarse de una manera ordinaria de contraer matrimonio frente a una forma extraordinaria, lo que se encuentra sustentado en determinadas circunstancias excepcionales que fundamentan el prescindir de algunos requisitos formales no esenciales como en el caso de los matrimonios celebrados en peligro de muerte o como forma de promoción la celebración de los matrimonios comunitarios.

En el quinto elemento se encuentra hacer una vida en común, por la cual los cónyuges se integran entre ellos mismos, comparten un vínculo especial entre ellos, además del vínculo que se forja con sus hijos. Se manifiesta en la permanencia y exclusividad para una plena comunión de vida. El vínculo creado y la vida compartida acarrear la ayuda mutua, la dedicación recíproca y colaboración en todos los aspectos de la vida familiar.

A modo de conclusión, es importante reconocer los elementos que caracterizan a un matrimonio por lo que no cualquier tipo de relación o forma de asociación, sean románticas o de otro tipo, son matrimoniales. En ese sentido, justificadamente excluirá ciertas formas de

unión de su reconocimiento como matrimonio. De manera tal, que se puede evitar incompatibilidades entre la institución del matrimonio y otro tipo de asociación, que puede ser semejante, pero no cumple con los elementos que configuran su especial naturaleza y finalidad.

1.4.2 Implicancias de la promoción del matrimonio

El reconocimiento de este principio expresa el interés del Estado y de la sociedad sobre el reconocimiento y la regulación legal del matrimonio. Las sociedades dependen de las familias, y el matrimonio es uno de los orígenes de la misma, por lo que es importante, especialmente para la formación de personas que se constituyen como ciudadanos razonablemente conscientes y respetuosos de la sociedad.

Para la doctrina, el contenido del principio de promoción al matrimonio se determina en los siguientes aspectos: el impulsar la celebración del matrimonio y la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación (Plácido V., 2001, p. 100).

La aplicación del principio de promoción del matrimonio se puede observar en primer lugar, en la celebración de un matrimonio que no ha seguido la forma prescrita bajo sanción de nulidad, por lo que si se considerara al matrimonio sólo como un acto jurídico genera la nulidad del mismo y no puede ser objeto de confirmación.

Sin embargo, debido a la naturaleza especial del matrimonio y aunque haya sido celebrado en omisión de forma establecida en el Código Civil Peruano, por lo que se generaría en su nulidad, puede ser convalidado y subsanada la omisión, en aquellos casos en los que los contrayentes han actuado de buena fe.

Ello denota la influencia del principio de promoción del matrimonio sobre el régimen legal de invalidez del matrimonio. Rige el principio *favor matrimonii* con la finalidad de procurar el mantenimiento del vínculo matrimonial y reconocer los efectos jurídicos si fue celebrado de buena fe entre los cónyuges. Por tanto, El principio de promoción del matrimonio tiene por finalidad la conservación del vínculo por medio de la convalidación en el régimen especial de invalidez del matrimonio.

Por ello, entre las disposiciones del régimen especial de invalidez del matrimonio se encuentran: “el carácter taxativo de las causales de nulidad y anulabilidad del matrimonio, la expresa reserva que hace la ley de la pretensión a favor del cónyuge o cónyuges que han actuado de buena fe, la previsión legal de expreso plazo de caducidad, en caso de vencido el plazo, el matrimonio sea nulo o anulable, queda convalidado” (Plácido V., 2001, pp. 117–132).

Así como, el reconocimiento de determinados supuestos de hecho que identifican la unión matrimonial y la generación de efectos del matrimonio invalidado, desde el momento de su celebración hasta que se emita la sentencia firme que lo invalida, como si se tratará del

supuesto de un matrimonio legal válido disuelto por divorcio, entre otros supuestos en relación a la convalidación del matrimonio civil (Plácido V., 2001, pp. 117–132).

En segundo lugar, se refiere a fomentar la celebración del matrimonio, lo que podría traducirse en las medidas políticas que se puede realizar sobre la institución para brindar la correcta información de los beneficios personales y sociales que generan optar por celebrarlo y la preferencia del matrimonio sobre cualquier otro tipo de unión, como la unión de hecho (Plácido V., 2001, p. 114).

Además, el Estado acorde a lo establecido por la Constitución en cuanto a proveer protección a la institución de la familia y la promoción al matrimonio, omite explicar la armonización entre los principios de protección de la familia, de promoción del matrimonio y el reconocimiento de las uniones de hecho.

El Estado fomenta la celebración del matrimonio a través de los matrimonios civiles comunitarios en los cuales el costo por los trámites suele ser menor o, incluso, puede ser gratuito, al de un matrimonio civil regular, todo ello dependiendo de la Municipalidad distrital o provincial que corresponda al domicilio de alguno de los contrayentes. Tiene como finalidad favorecer las nupcias en el régimen legal de celebración del matrimonio en mérito de establecer un procedimiento sencillo y menos costoso para persuadir a su celebración. Sin embargo, el Estado podría ampliar su intervención en beneficios.

Además, el Estado para procurar la protección a la familia debería incluir la aplicación de beneficios a familias numerosas, las cuales previamente merecen un reconocimiento como tal. Dentro de las familias numerosas podrían incluirse a aquellas que tengan un determinado número de hijos, también aquellos casos en los que los hijos se encuentren al cuidado de uno de sus progenitores y para aquellas familias que se encuentren en riesgo de pobreza con hijos a cargo; esto debido al mayor ejercicio de responsabilidad sobre la prole y que estos puedan recibir una formación con los cuidados necesarios y básicos.

Entre los beneficios que podrían percibir en el ámbito estatal podrían encontrarse: Derechos de preferencia para conseguir becas o reducción del 50% de pago de pensiones o exención de tasas y precios públicos en el ámbito de la educación, así como un Derecho al subsidio por necesidades educativas especiales asociadas al transporte y alimentación.

Bonificaciones en las tarifas de transporte público, en el acceso a actividades de ocio como descuentos en los precios de museos, auditorios y teatros estatales.

Beneficios en materia de vivienda como acceso a ayudas financieras o preferencia en el acceso a viviendas que tienen apoyo estatal, al igual que descuentos en el uso de servicios

básicos como agua y electricidad. Entre otras medidas estatales que pueden generar protección a cada uno de los miembros de las familias.

Se ha manifestado la trascendencia que tiene el matrimonio como una institución familiar, en razón a lo cual la normatividad sobre el matrimonio debe crear y fomentar las condiciones apropiadas para las familias a las que da origen. El reconocimiento normativo al matrimonio debe establecer un mensaje adecuado con respecto a dicha institucionalidad mediante su promoción y reconocimiento.



Capítulo 2

Análisis de la Ley Nro. 29227 que regula el procedimiento no contencioso de la S.C.D.U en las municipalidades y notarías.

2.1 El Derecho, las separaciones y divorcio

En la realidad social se denota que las uniones maritales se debilitan por diversos motivos originados por los propios cónyuges, debido a que, como seres complejos que son las personas, no toman las decisiones correctas o idóneas a favor de su cónyuge y su familia, en pro de los intereses familiares, generando una problemática que terminan en el quebrantamiento del matrimonio.

Por ende, en las crisis familiares que son irremediables y cuya permanencia como matrimonio denota una mayor vulneración y daños a los miembros de la familia, los cónyuges tienen la opción de voluntariamente poner fin al vínculo matrimonial mediante la separación convencional y el divorcio ulterior ya sea en la vía judicial o vía extrajudicial.

Frente a este tipo de supuestos, el Derecho aporta procedimientos que brindan soluciones efectivas, sobre todo en aquellos casos en que no es posible recuperar el vínculo matrimonial. En ese sentido, el divorcio representa para un sector de la doctrina un conjunto de métodos de solución a un problema social. Debido a la naturaleza cambiante de la sociedad también han de cambiar las causas del divorcio junto a los métodos de solución que se encontraban desarrollados en él.

Así, el Estado a través del ordenamiento jurídico debe regular estas situaciones fácticas latentes en la sociedad a través de los operadores jurídicos competentes que brindan soluciones legales. Las que tienen como finalidad evitar un mayor perjuicio y daños a los miembros del grupo familiar inmersos en el conflicto conyugal. Por lo tanto, las normas en derecho de familia, específicamente referidas al divorcio, pretenden solucionar un problema social latente.

La doctrina sobre el divorcio sostiene diversas posturas, como que representa la causa de desintegración de la familia y que debido a ello la sociedad se encuentra en crisis. Para otros autores es un mal necesario pues con ello se ordenan las divergencias familiares aun a costa de su propia desintegración. Estas dos opciones coinciden en que, finalmente, por medio del divorcio se genera la desintegración familiar (cf. Campana, 2008, p. 8).

Sin embargo, para resaltar la importancia de la protección de la familia y del matrimonio, tomando en cuenta las bases para su estabilidad y fomentando su desarrollo, debe

darse mayor importancia a las causas en los casos de quiebra efectiva del matrimonio más que en la obtención del divorcio. Si bien es importante la legislación de esta figura jurídica, lo más relevante debería ser las causas que generan ese quebrantamiento matrimonial.

De lo que se interpreta que si bien la finalidad superior del Estado es la protección de las personas en todos los aspectos de su vida mediante y con base a ello en el reconocimiento de la familia y matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, se debe buscar mecanismos, dentro del alcance de su competencia, que eviten las causas específicas de la quiebra conyugal o del quebrantamiento familiar, más que solo centrarse en la posición socio jurídica del procedimiento más rápido y efectivo, que fomenta en el divorcio la mejor opción de resolver las crisis, lo que se puede considerar como un facilismo (cf. Campana, 2008, p. 8).

En el Derecho de Familia sobre los temas de separación y divorcio se han realizado cambios legislativos importantes. Entre los cambios sustanciales se encuentra la promulgación de la Ley Nro. 28384 que modifica los artículos 354 y 359 del Código Civil Peruano y 580 del Código Procesal Civil Peruano que reforma la causal de la separación convencional y el divorcio ulterior para una mayor celeridad en el proceso judicial⁸.

Así como la Ley No. 29057 que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil Peruano entre los cuales sobre la S.C.D.U se encuentra el artículo 546, que establece que el trámite procedimental se realizará por la vía sumarísima, y el artículo 574 sobre la intervención, como parte, del Ministerio Público en este tipo de procesos sólo cuando los cónyuges tengan hijos sujetos a patria potestad. Y el último cambio sustancial en materia de divorcio se da con la entrada en vigencia, en el año 2008, de la Ley Nro. 29227 que establece el procedimiento de la S.C.D.U por la vía administrativa y notarial.

En este sentido, el sistema de divorcio debe reforzar y no debilitar, en mayor medida, la estabilidad familiar y, por ende, la de todos y cada uno de los miembros de la familia. En consecuencia, los procedimientos y trámites dirigidos hacia su obtención deben ser idóneos y tuitivos por parte del Estado, lo que evitaría que las personas permanezcan en matrimonios que

⁸ Ley Nro. 28384 Modifica los artículos 354 y 359 del Código Civil. Modifíquese los artículos 354 y 359 del Código Civil, en los términos siguientes: “Artículo 354.- Plazo de conversión: Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica. Artículo 359.- Consulta de la sentencia Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.” Artículo 2.- Modifica el artículo 580 del Código Procesal Civil Modificase el artículo 580 del Código Procesal Civil en los términos siguientes: “Artículo 580.- Divorcio 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 meses de notificada la sentencia de separación. El Juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte.”

están quebrados o dislocados de manera irremediable. Lo que representaría como una opción de solución para proteger a las personas de relaciones conyugales y familiares que por su conservación afectan más las relaciones entre ellos mismos y de estos respecto a sus hijos.

Si bien la legislación del divorcio pretende legalizar situaciones fácticas y específicas presentes en la sociedad, esta debe tener en cuenta el impacto que genera en el matrimonio y por ende en la familia. Por lo tanto, los mecanismos que se promulgan deben realizar un verdadero aporte en la sociedad, en ese sentido, que sean congruentes con la protección a las instituciones de la familia y el matrimonio.

Por lo que, el Estado debe tener en cuenta su tutela ejercida en la promulgación de la Ley Nro. 29227, la cual, debe tener concordancia con los principios de protección de familia y promoción del matrimonio. Para lo cual se tendrá en cuenta de manera sucinta las figuras de la separación convencional y el divorcio ulterior. Posteriormente, se analizará las razones expuestas en el debate parlamentario de la norma y finalmente analizar la norma en sus aspectos más relevantes.

2.2 Aspectos generales de la S.C.D.U

La Separación Convencional se encuentra tipificada en el inciso 13 del artículo 333, en el Código Civil Peruano, en el cual se establecen las causales para la separación de cuerpos. La separación convencional es sustentada en el acuerdo de los cónyuges, sólo cuando hayan transcurrido por lo menos 2 años desde la celebración del matrimonio. Es uno de los fundamentos o causales para la separación de cuerpos.

La separación de cuerpos es también denominada en la doctrina y en la legislación comparada como: “separación corporal, separación judicial, separación personal, incluso se utiliza el término de divorcio limitado, divorcio imperfecto, divorcio relativo, divorcio menos pleno, divorcio no vincular” (Hinostroza, 2011, p. 15).

Es una figura jurídica que prescribe la suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistir el vínculo conyugal, acorde a lo prescrito en el artículo 332 del Código Civil Peruano. Las causales para proceder a la separación de cuerpos son señaladas en los incisos 1) al 13) del artículo 333 del código antes referido⁹.

⁹ Artículo 333 del Código Civil establece las causales para proceder a la separación de cuerpos son señaladas en los incisos 1) al 13): 1) El adulterio. 2) La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias. 3) El atentado contra la vida del cónyuge. 4) La injuria grave, que haga insoportable la vida en común. 5) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos 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

Por lo tanto, se encuentra un nuevo estado especial para los cónyuges, que, si bien se encuentran eximidos de la obligación de cohabitar, aún conservan las demás obligaciones entre ellas la fidelidad, por ende, no pueden contraer nuevas nupcias (cf. Suarez, 2001, p. 178).

El proceso de separación de cuerpos es contencioso si se fundamenta en alguna de las causales del inciso 1) al 12) del artículo antes mencionado, y es llevado por la vía de proceso de conocimiento según el artículo 480 del Código Procesal Civil Peruano.

El proceso de separación de cuerpos es no contencioso, se basa en la causal establecida en el inciso 13) del artículo 333 del Código Civil, es decir, separación convencional, y en caso, divorcio ulterior. Puede ser llevado por la vía de proceso sumarísima según el artículo 573 del Código Procesal Civil o tramitado en municipalidades o notarías, de acuerdo a lo establecido en la Ley Nro. 29227 “Ley que regula el Procedimiento no Contencioso” y su respectivo Reglamento.

Por su parte, el divorcio, en la doctrina y en la legislación comparada, es también denominado como: “divorcio vincular, divorcio *ad vinculum*, divorcio absoluto, divorcio pleno, divorcio perfecto” (Hinostroza, 2011, p. 233). Es una de las formas de disolución del estado matrimonial y, con la cual, finaliza la vida compartida como cónyuges.

Legalmente, es entendido como un medio racional capaz de subsanar, dentro de sus limitaciones, las situaciones anómalas que se producen en ciertas uniones matrimoniales y que deben eliminarse ante la imposibilidad absoluta de los esposos de superarlas (cf. Baqueiro & Buenrostro, 1994, p. 147).

El divorcio es una figura de excepcionalidad y no un estado de aplicación general. Es necesario en aquellos casos en que la condición de la relación matrimonial sea insostenible e irreparable, de forma tal que se conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y posterior separación definitiva que es declarada por la autoridad (cf. Baqueiro & Buenrostro, 1994, p. 147). Se extinguen las obligaciones de cohabitación, fidelidad y ayuda mutua, quedando en libertad los divorciados para celebrar un nuevo matrimonio válido (cf. Suarez, 2001, pp. 178–179).

toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347. 8) La enfermedad grave de transmisión sexual 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. 11) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. 12) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335. 13) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

En la definición de las figuras jurídicas de la S.C.D.U resaltan aspectos importantes. En lo concerniente a la separación convencional, encuentra su origen en el libre arbitrio de los cónyuges. Puede tener como motivos la diversidad de causas que pueden encontrarse recogidas en la ley, pero la causa que se presenta para iniciar un proceso de separación convencional, el fundamento del mismo se encuentra en el mutuo consentimiento, es decir, la voluntad concorde de los cónyuges que tienen imposibilidad de vivir en común unión (cf. De Ruggiero, 1931, p. 189).

Es importante resaltar que la ley es la que dota de eficacia al acuerdo pleno que arriben los cónyuges sobre la necesidad de separarse, independientemente del motivo de la disensión. La norma se justifica en que la vida en común para ambos cónyuges es intolerable e impedir la separación es vulnerar el interés familiar (cf. De Ruggiero, 1931, p. 183).

Asimismo, en el proceso de separación convencional no existe culpabilidad por parte de ninguno de los cónyuges, se pretende afrontar una situación conflictiva ya existente y darle una solución con base en el consentimiento mutuo de los cónyuges (cf. Ferrer, 1979, p. 227).

La naturaleza jurídica de la declaración de los esposos no es de un contrato, sino de un acuerdo en sentido propio. La concurrencia de voluntades es lo que constituye la causal que legitima y fundamenta el acceder a la separación convencional (cf. Loreto, 1960, pp. 137–138).

En relación a la intervención que tiene el juez durante el proceso de separación convencional, existen dos posturas. La primera explica que es un procedimiento que tiene como objeto facilitar la separación, sin necesidad de alegar causa más que el acuerdo de ambos cónyuges ya que no existe una contienda entre los mismos. Sin embargo, el juez al dictar sentencia realiza una actividad integral de conocimiento que pertenece al ámbito genuinamente decisorio de la jurisdicción, enjuiciando las circunstancias que concurren y pudiendo manifestar oposición por parte del Ministerio Público (cf. Gomez, 1992, pp. 423–424), en caso que los cónyuges tengan hijos bajo su patria potestad.

Sobre esto último, en la segunda postura, otros autores señalan que en la separación consensual se requiere la intervención del Juez, sólo para la aprobación de dicho acuerdo (De Ruggiero, 1931, pp. 183–184). En ese sentido, para que la separación convencional surta sus efectos jurídicos es necesaria la homologación del tribunal, lo que presupone el ejercicio de un control por parte del juez sobre el acto jurídico de separación, ya que la homologación puede negarse y, por ende, no tendría efectos. De forma tal, que se encuentra limitada la intervención y la actividad de la autoridad judicial en la homologación, previa solamente la tentativa de la homologación (cf. Messineo, 1954, pp. 97–98).

Entre ambas posturas es importante rescatar que dicho consentimiento mutuo de los esposos para la separación no ejerce por sí solo la separación de cuerpos, sino simplemente configura el presupuesto jurídico indispensable, pero no idóneo, que decreta la separación por parte del juez (Loreto, 1960, p. 197).

Por lo tanto, el acuerdo entre los cónyuges solo genera efectos en el supuesto, únicamente, de originar el derecho de solicitar el inicio del proceso de separación de cuerpos, esto es, la causal en sí misma. De modo que, el acto por el cual se solicita al Juez no es en realidad el pronunciamiento de un decreto de homologación, como se ve manifestado en la segunda postura, más bien se resuelve sobre el contenido por la identificación de la causal invocada de la cual surge un derecho potestativo para tener la tutela del Estado, es decir, por un reconocimiento constitutivo que hace efectivo ese derecho. El vínculo matrimonial se debilita y genera de esa manera la separación de cuerpos con eficacia a futuro (Loreto, 1960, p. 138).

Posteriormente, el divorcio consensual es similar en su estructura al llamado mutuo disenso, propio de la figura del contrato. Los consortes, por voluntad concorde, deciden disolver el vínculo conyugal. Sin embargo, existe una profunda diferencia respecto del contrato ya que la voluntad de los cónyuges no es suficiente para que surta sus efectos, sino que es necesario el pronunciamiento por parte del juez (Messineo, 1954, p. 88).

No obstante, el divorcio ulterior por mutuo consentimiento no es definido así solo porque responda a una postura contractual del matrimonio, sino que, es la solución a un conflicto conyugal que no recibe una adecuada respuesta por parte del divorcio sanción. Los conflictos matrimoniales pueden originarse por diversos motivos, y no solo necesariamente nacen de hechos tipificados *a priori* en la ley. El mutuo consentimiento es para resolver aquellos casos en los que los cónyuges son plenamente conscientes que seguir unidos es peor para sí y para sus hijos que separarse o divorciarse (cf. Bossert & Zannoni, 1989, p. 273).

En resumen, el divorcio ulterior es la forma de disolución del vínculo matrimonial, en casos que no tengan alguna de las causales específicas, más que el mutuo acuerdo y reuniendo los requisitos de ley y en el procedimiento correspondiente, finalicen con su matrimonio (cf. Baqueiro & Buenrostro, 1994, p. 155).

En el ordenamiento jurídico procesal de Perú el divorcio ulterior puede también tramitarse en vía notarial o administrativa según la Ley Nro. 29277 que determina el procedimiento de S.C.D.U en las notarías y municipalidades o en vía de proceso sumarísimo según el artículo 546 inciso 2 del Código Civil Peruano y 573 del Código Procesal Civil de Perú.

Es importante resaltar que el ordenamiento procesal peruano no contempla la disolución directa del vínculo matrimonial por acuerdo de los cónyuges, estando condicionado el divorcio ulterior a la previa sentencia de separación convencional, basado en el artículo 349 del Código Civil en el que señala las causales para el divorcio, exceptuando el inciso 13 referida a la de mutuo acuerdo.

2.3 Ley Nro. 29227 que regula el procedimiento de S.C.D.U en la vía notarial y municipal

La Ley Nro. 29227 y su Reglamento¹⁰ otorgan competencia a los alcaldes de las municipalidades distritales y provinciales para llevar el procedimiento no contencioso de S.C.D.U, al igual que a las notarías, en concordancia a lo establecido en el inciso 7 del artículo 1 de la Ley Nro. 26662 denominada Ley de Competencia Notarial en asuntos No Contenciosos. Esta reconoce que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notaría para su tramitación.

En los incisos q), s), l), del artículo 2 del Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS, señala lo que debe entenderse por procedimiento no contencioso: aquel en el que no existe controversia o incertidumbre jurídica que resolver aludiendo al conjunto de actos que se desarrollan al interior de la Administración Pública conducentes a la emisión de un acto administrativo emitido mediante una resolución de alcaldía o una resolución notarial. Además, define separación convencional como el acuerdo voluntario de los cónyuges para separarse legalmente.

La competencia para conocer este procedimiento conforme al artículo 3 de la Ley Nro. 29227 y artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS, la tienen para llevar a cabo el procedimiento: los alcaldes distritales, o en caso provinciales, del lugar del último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio.

Así como los notarios del lugar del último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio. Es importante resaltar que el Consejo del Notariado controlará que los notarios cuenten con un ambiente adecuado para el desarrollo del procedimiento no contencioso

¹⁰ En el año 2001 inicia su actividad legislativa con un total de 3 proyectos de ley antes de la promulgación de la actual ley, en el que se encuentra el Proyecto de Ley Nro. 01265/2001 – CR que incorporaría la separación convencional y divorcio ulterior entre los asuntos no contenciosos a tramitarse por vía notarial, así como en el Proyecto de Ley Nro. 392/2006-CR y el Proyecto de Ley Nro. 922/2006-CR. Así, el 16 de mayo del 2008 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley Nro. 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías. Según la cual, la competencia para oficiar el divorcio corresponde también a los alcaldes distritales y provinciales, así como a los notarios. Finalmente, se promulga el Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS mediante el cual se aprueba el Reglamento de la Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías. Cumpliéndose con la disposición final única de la Ley.

de S.C.D.U, acorde a la Segunda Disposición Complementaria Final del D.S. Nro. 009-2008-JUS.

Adicionalmente, el procedimiento administrativo ante la municipalidad no requiere del patrocinio de abogados para los cónyuges; sin embargo, no existe impedimento alguno para que los esposos realicen el procedimiento acompañados por sus respectivos abogados.

Asimismo, en el artículo 15 del Reglamento de la Ley Nro. 29227 establece que los cónyuges pueden otorgar el poder por escritura pública con facultades específicas para la representación en el procedimiento de S.C.D.U. Que deberá ser inscrito en los Registros Públicos.

En aplicación de los primeros párrafos del artículo 5 de la Ley Nro. 29227 y los artículos 4 y 6 de su Reglamento, el procedimiento inicia con la presentación de la solicitud dirigida al alcalde o notario por escrito, señalando el nombre, documentos de identidad, el último domicilio conyugal, domicilio de cada uno de los cónyuges para las notificaciones pertinentes, con la respectiva firma y huella digital de los cónyuges. Además, si los cónyuges son analfabetos, no pueden firmar, si son ciegos o adolecen de otra discapacidad, se procederá mediante firma a ruego por un tercero, sin perjuicio de que impriman su huella digital o grafía, de ser el caso, así como, manifestar indudablemente la decisión de los cónyuges de separarse.

Los cónyuges deben cumplir con los requisitos, así como los anexos de la solicitud, previstos en el artículo 4 y 5 de la Ley Nro. 29227 y el artículo 5 y 6 de su Reglamento, entre los cuales principalmente, se encuentran:

No tener hijos menores de edad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley Nro. 26872 - Ley de Conciliación y su Reglamento, en relación a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad.

No tener hijos mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley Nro. 26872 - Ley de Conciliación y su Reglamento, sobre los regímenes de ejercicio de la curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores con incapacidad.

Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, caso contrario, tener la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

Es importante resaltar que, si bien no hace referencia como tal a la presentación de un convenio regulador, sí presenta como requisitos adjuntos a la solicitud las materias contenidas en el mismo. Además del artículo 7 del Reglamento de la Ley Nro. 29227, que establece la

presunción de veracidad de los documentos y declaraciones formuladas por los cónyuges, aunque sujetos a las responsabilidades correspondientes en caso de no serlo.

A continuación, la autoridad municipal o notarial recibe la solicitud y verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa, siendo necesario en caso sea en la vía municipal contar con la conformidad del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad según el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley Nro. 29227.

En el supuesto en el que no cumpla la solicitud con todos los requisitos exigidos por los artículos de la normativa correspondiente, no continuará el procedimiento acorde a lo señalado en el artículo 10 del D.S Nro. 009-2008-JUS. Es un artículo incompleto en el sentido que, si en caso no se presentarán todos los requisitos o existiera algún error, se tendría que pagar nuevamente por iniciar el procedimiento ya sea ante la vía notarial o municipal, ya que no establece un mayor alcance, si un plazo o no en caso de correcciones, lo que genera incongruencia con unas de las razones de la norma por la que busca ser más económica y accesible para las personas.

Una vez realizada la verificación de los requisitos previstos en la normativa, la autoridad municipal o notarial en un plazo de 15 días hábiles, acorde al literal k del artículo 2 del Reglamento de la Ley Nro. 29227, establece fecha, convoca y realiza la audiencia única prevista en el artículo 6 de la Ley Nro. 29227 y artículo 10 del D.S Nro. 009-2008-JUS.

En la audiencia única ante la autoridad municipal se constata el acuerdo común de los cónyuges de proceder con la separación convencional. La audiencia se realizará en un ambiente privado y adecuado. No realiza una mayor precisión en relación al lugar adecuado o idóneo para llevar a cabo un procedimiento de dicha naturaleza, como establece el artículo 12 del D.S Nro. 009-2008-JUS.

En caso de inasistencia de uno o ambos cónyuges por causas debidamente justificadas, el alcalde o notario convocará a una nueva audiencia en un plazo no mayor de quince días hábiles. En caso se diera una reiterada inasistencia por parte de uno o ambos cónyuges, el alcalde o notario declara concluido el procedimiento no contencioso de la S.C.D.U, según lo establecido en el artículo precedente.

El desarrollo de la audiencia única deberá constar en acta suscrita por los intervinientes a que se refiere el artículo 9 del Reglamento de la Ley Nro. 29227.

En tal caso el procedimiento se lleve mediante vía municipal, la misma debe estar suscrita por el alcalde, ya sea el caso, distrital o provincial, que conoce del procedimiento. Los cónyuges o los apoderados de los cónyuges, y en caso los abogados designados por los

cónyuges para ejercer el patrocinio legal, y del área legal respectiva de la municipalidad o el abogado de esta.

Si el procedimiento se llevara vía notarial, el acta deberá ser suscrita por el notario, los cónyuges, los apoderados de los cónyuges en caso fuera y los abogados designados por los cónyuges para ejercer el patrocinio legal.

El acta de la audiencia única en el procedimiento no contencioso contendrá la ratificación o no de la voluntad de los cónyuges de separarse. De no ratificar los cónyuges su voluntad de separarse o de expresar una voluntad distinta se dará por concluido el procedimiento, dejando constancia en el acta de la audiencia única. Acorde al tercer párrafo del artículo 6 de la Ley Nro. 29227 y el primer párrafo del artículo 12 de su Reglamento.

En caso sea vía notarial, se emite el Acta Notarial, que tiene carácter protocolar y se extenderá en Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos, a los que se refiere la Ley Nro. 26662 denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. En caso sea en vía municipal, se emite la Resolución de Alcaldía, que declara la separación convencional, estipulado en el artículo 6 de la Ley Nro. 29227 y el artículo 12 de su Reglamento.

En conclusión, de no producirse la ratificación, se concluye el procedimiento. Debido a que la finalidad es la expresión manifiesta común de los cónyuges que demuestre con toda la certeza la voluntad de divorciarse o separarse. En otras palabras, es necesario que los cónyuges ratifiquen la decisión adoptada, no siendo suficiente la interposición de la solicitud. Al mismo tiempo, cabe señalar que bajo ninguna circunstancia se discute o se solicita variación alguna respecto de los alcances de los acuerdos relativos al régimen patrimonial de los cónyuges o de asuntos relacionados a los hijos. Por tanto, se cumple con los requisitos establecidos en la lista sin mayor revisión de los mismos.

Posteriormente, la autoridad municipal o notarial expide la resolución o acta correspondiente que declara la separación convencional en un plazo no mayor de cinco días de producida la audiencia única. El acta notarial será de carácter protocolar y se extenderá en Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos, a los que se refiere la Ley Nro. 26662 denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. Y de ser el caso, la resolución de alcaldía, que declara la separación convencional, según el artículo 6 de la Ley Nro. 29227 y el artículo 12 de su Reglamento.

Luego, transcurridos dos meses desde notificada la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá solicitar que se declare disuelto el vínculo matrimonial, según corresponda al notario o alcalde

que conoció el procedimiento de separación convencional, según el literal b) artículo 2 del Reglamento de la Ley Nro. 29227.

Esta solicitud debe ser resuelta en un plazo no mayor de 15 días hábiles, acorde al artículo 7 de la Ley Nro. 29227. Declarada la disolución, el alcalde o notario, dispondrá de su inscripción en el registro correspondiente, como preceptúa el artículo 7 de la Ley Nro. 29227.

Si el procedimiento se llevó a cabo por la vía municipal, el alcalde expedirá, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, la resolución que declara la disolución del vínculo matrimonial, según el artículo 13 del D.S Nro. 009-2008-JUS. Es importante resaltar, que acorde al artículo 14 del Reglamento de la Ley que establece el procedimiento de S.C.D.U, la resolución de Alcaldía agota el procedimiento no contencioso establecido en la Ley Nro. 29227.

Luego de declarada la disolución del vínculo matrimonial, la autoridad municipal dispondrá su inscripción en el registro correspondiente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos mediante el acto administrativo, la resolución de alcaldía correspondiente que declaró el divorcio ulterior y las copias certificadas de los actos emitidos durante la tramitación del procedimiento no contencioso de S.C.D.U.

En el supuesto que el procedimiento se llevó por la vía notarial, el notario extenderá, en un plazo no mayor de cinco días hábiles el acta notarial en que conste la disolución del vínculo matrimonial y elevará a escritura pública la solicitud a que se refiere el artículo 7 de la Ley Nro. 29227, la misma que tendrá el carácter de minuta y que se extenderá en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos, según el artículo 13 del Reglamento de la misma Ley. En la escritura pública se insertarán las actas notariales a que se refieren los artículos 12 y 13 del Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS.

2.4 Argumentos del debate parlamentario

La actual Ley Nro. 29227 fue discutida en una sesión matinal y aprobada en primera votación el 13 de marzo de 2008, en la cual el presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, el congresista Castro Stagnaro precisó 4 puntos expuestos en el debate parlamentario, entre los que se encuentran: el acceso de los ciudadanos a la justicia, la simplificación administrativa, menor uso de recursos como tiempo y la contribución a la descarga procesal.

2.4.1 Acceso a la justicia

Consistirá en la entrada por parte del ciudadano a la tutela jurisdiccional por parte del Estado. Los procesos judiciales, según el común denominador, pueden ser calificados en líneas generales como lentos y engorrosos, sin embargo, eso no asegura que no exista el acceso a la justicia desde los distintos ámbitos y entidades.

Puede ser comprendido en el sentido de las personas que se encuentren en zonas en las que no se encuentren un juzgado especializado en familia, en tal caso sería lo más prudente otorgarle las facultades a los juzgados de paz letrados y también juzgados de paz para que tenga competencia sobre los procesos de S.C.D.U.

En ese sentido, se puede observar la opinión del Poder Judicial, cuando sostiene: “Ahora es preciso que la propuesta legislativa, de aprobarse en la forma que nosotros (y muchos otros) proponemos, es decir, a cargo de los notarios, se complementa con un aspecto que nos parece de vital importancia si se espera que la norma pueda ser realmente aplicable y útil en todo el país: que se delegue esta función también a los jueces de paz que sean acreditados para ello expresamente por las cortes superiores de justicia”¹¹.

Ello en razón a que son órganos jurisdiccionales que se encuentran en constante interacción y conocimiento sobre los temas jurídicos familiares como obligaciones alimentarias o violencia familiar. Además, se tiene en cuenta la existencia de lugares donde no se ejerce la actividad notarial de manera continua y permanente ya sea por vacancia o por ausencia de más de 15 días, en cuyo caso, es el juez de paz quien lo reemplaza¹².

Lo que tiene un mayor sentido al proponer que un proceso de separación convencional sea de competencia del juzgado de paz letrado, puesto que tiene un mayor alcance en el territorio peruano, mediante el cual se cumpliría de manera más efectiva con el acceso a la justicia.

2.4.2 Simplificación administrativa

Lo que se planteó en el procedimiento de S.C.D.U es una cuestión meramente administrativa. La cual propone una reducción del proceso judicial a un procedimiento administrativo o notarial, catalogado como más fácil, más manejable y con menos inversión de tiempo. Siendo presentado en la sociedad como un procedimiento de solución más rápido.

No obstante, reduce el procedimiento al solo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para acceder al divorcio, sin una mayor intervención por parte del notario o alcalde. Además, en la norma existen vacíos sobre la atribución de la casa conyugal, como *domun* de los elementos de la familia; pues al notario o alcalde, solo le bastará con revisar si se arribó a un acuerdo según lo establecido en la norma sobre el patrimonio conyugal y cuando ya

¹¹ Informe enviado a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República N° 114-2007.LAMN.CE/PJ p. 18.

¹² Ley orgánica del Poder Judicial artículo 58 Funciones notariales “Los juzgados de paz letrado, cuya sede se encuentra más de diez kilómetros de distancia del lugar de residencia de un notario público, o donde por vacancia no lo hubiera, o en ausencia del notario por más de quince días continuos, tienen además respecto de las personas, bienes y asuntos de su competencia (...) funciones notariales (...).

se encuentre liquidado sin poder intervenir y menos aún resguardar el interés superior del niño o del adulto desprotegido.

2.4.3 *Disminución de recursos como el tiempo.*

Hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma operada mediante Ley Nro. 28384 que modifica los artículos 354 y 359 del Código Civil Peruano, se podía concordar que el proceso de S.C.D.U podía durar hasta un año, teniendo en cuenta las vacaciones judiciales del mes de febrero de cada año. En este sentido, en el Proyecto de Ley de Nro. 392/2006-CR.P, referido a la Separación y Divorcio Convencional por la vía administrativa municipal, se sostuvo que, tratándose de este tipo de proceso tramitado en un juez de Lima, este podría durar entre ocho meses y un año; empero que tratándose de un juez de módulo básico este periodo se extendía, de entre un año a un año y cuatro meses en promedio.

Esta información fue rebatida por la Presidenta de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima, la magistrada Janet Tello. En el sentido que, el proceso para obtener el divorcio por mutuo acuerdo tiene una duración de entre seis y ocho meses. Además, el proceso al que se hace mención en el párrafo anterior, que tienen una duración mayor a un año, es debido a que son procesos de divorcio litigioso o separación por causal¹³.

Más aún al aplicar la reforma introducida en esta materia mediante la Ley Nro. 29057 se obtendría que el proceso sumarísimo de separación personal y divorcio ulterior escasamente llegaría a durar los seis meses; por cuanto el artículo 574 del Código Procesal Civil dispone que la intervención del Ministerio Público como parte solo se sujeta al supuesto que los cónyuges tengan hijos sujetos a la patria potestad. Por lo cual, si los futuros excónyuges no son padres o no tengan hijos sujetos a su patria potestad y lo expresan en su demanda, el juez al otorgar el auto-admisorio fijará la fecha de la audiencia única, lo que efectivamente acelera este tipo de procesos.

2.4.4 *Descarga procesal*

Una de las razones expuestas es que este tipo de procedimiento contribuirá a la descarga procesal por el que se afirma: “(...) toda vez que el 70% de los divorcios en el Poder Judicial, son por mutuo disenso”¹⁴. Además, sostiene: “En ese caso, señor Presidente, vemos que actualmente en el Poder Judicial, en las Salas de Familias, más del 50%, por no decir más del

¹³ Declaración de la congresista Sasieta, recogida en el Diario El Comercio de fecha 14 de marzo de 2008. (citado por Campana, 2008, p. 9)

¹⁴ Intervención de la señora congresista Chacón de Vettori. Diario de los Debates de fecha 13 de marzo de 2008 sesión matinal. (citado por Campana, 2008, p. 10)

60% de los procesos que se están llevando de separación convencional y después de divorcio son por mutuo acuerdo”¹⁵.

Sobre dicha afirmación denota una incoherencia, debido, a que con la entrada en vigencia de la Ley Nro. 28384 las Salas Especializadas de Familia o las Salas Superiores que hagan de sus veces, solo tienen jurisdicción sobre la separación judicial y divorcio ulterior por apelación de una de las partes. Por lo tanto, de manera general el proceso terminaría en primera instancia que además se aplicará en todos los procesos en trámite, conforme a la Única Disposición Transitoria de la Ley.

Por lo tanto, se deben promulgar normas que pretendan cumplir con la finalidad por la cual está incorporada al ordenamiento jurídico y para lo cual es indispensable que sea viable y efectiva en la aplicabilidad realizada por los juzgados y no con base en información indeterminada o contraria a la establecida en el ordenamiento.

Se afirma que la disolución del vínculo conyugal por parte de un juez o tribunal es el reconocimiento jurisdiccional de un matrimonio que en esencia se encuentra roto y que las partes al solicitarlo necesitan una tutela jurisdiccional efectiva en salvaguarda de los cónyuges como de sus hijos. En razón a lo cual, el sistema que el divorcio proporcione debe ser acorde a lo establecido en la realidad, en pro de la tutela de sus derechos y en cumplimiento de los deberes en correspondencia a la realidad de los juzgados para hacer más idónea y efectiva su aplicación.

2.5 Aspectos más relevantes sobre la Ley Nro. 29227

2.5.1 Sobre el procedimiento

Es relevante precisar que la Ley Nro. 29227 no ha derogado ni modificado normas referidas sobre la S.C.D.U en el proceso judicial. Por ende, las reglas aplicables al proceso judicial permanecen iguales. Según la Ley Nro. 29227 este procedimiento de S.C.D.U es no contencioso, por lo cual los cónyuges podrán decidir si optan por acudir a un proceso judicial que se realiza en los juzgados o en caso optar por la vía administrativa que se realiza ante un notario o alcalde.

Existen aspectos importantes que se realizan en el proceso judicial y que no se encuentran establecidos en el procedimiento administrativo, y otros regulados en el proceso administrativo, que se alejan de lo reconocido en el proceso judicial. Así, se encuentra la ausencia de intervención del Ministerio Público, la falta de reconocimiento del plazo de

¹⁵ *Ibidem.*

revocación de 30 días calendarios, la abstención sobre tema de la reconciliación y finalmente, el plazo para poder reprogramar la sesión en el procedimiento administrativo o notarial.

En el trámite judicial, como se ha señalado anteriormente, si en la relación conyugal hay hijos menores de edad es obligatoria la intervención del representante del Ministerio Público, en tanto, según el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público éste ejerce la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, entre otros.

Al igual que el reconocimiento del artículo 138 del Código de Niños y Adolescentes en el que se reconoce su función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes, y en el artículo 574 del Código Procesal Civil Peruano en el cual establece su intervención como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a la patria potestad sin emitir dictamen fiscal.

En ese sentido, se le considera como parte demandada pues actúa con la finalidad de proteger los intereses de los niños, niñas y adolescentes que se pudieran ver perjudicados al momento de establecer las pretensiones que le son inherentes como, por ejemplo: el ejercicio de la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas, los alimentos, entre otros.

Por lo tanto, en tal caso seguirá participando el Ministerio Público, a través de un Fiscal de Familia, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico si hay hijos menores de edad en salvaguarda de los Principios del Interés Superior del Niño y de Protección de la familia.

Por lo que en el trámite judicial aún se determina su intervención, lo que se configura como defensa del interés social y de la familia como base de la sociedad, sin embargo, en los procedimientos administrativos no contencioso no participará ningún representante del Estado en ejercicio de las funciones descritas, es decir, no regula una protección de los miembros más vulnerables en este tipo de procedimientos, lo que se interpretaría como una flexibilidad y atraso respecto de lo legislado en el procedimiento administrativo frente al proceso judicial.

En segundo lugar, en el proceso judicial se continuará brindando a los cónyuges el plazo de revocación establecido en los artículos 344 del Código Civil Peruano y en el 578 del Código Procesal Civil Peruano por el cual cualquiera de los cónyuges después de 30 días calendarios de celebrada la audiencia única pueden revocar su consentimiento de separación convencional y proceder a archivar el proceso. Por lo cual, no se podrá sentenciar en la misma audiencia, ni tampoco en los 10 días posteriores, sino que ésta se emitirá al día 31 desde la celebración de la

audiencia. Es conveniente resaltar que la revocación no implica necesariamente que se haya dado una reconciliación entre la pareja matrimonial.

Los jueces si deben aplicar este periodo de reflexión con el objeto de propender una posible reconciliación de los cónyuges, en aras a la protección que amerita la familia y en incentivo para mantener el matrimonio, luego de los cuales los intervinientes procesales podrán recién solicitar la sentencia de separación.

No obstante, en el procedimiento administrativo luego de concluida la sesión, ni el alcalde ni el notario, deben esperar 30 días calendarios que la ley impone al juez, en caso los cónyuges deciden retractarse respecto a su decisión de separarse, atentando al principio de promoción del matrimonio, pues no establece este tiempo de reflexión en caso se produzca la reconciliación entre los cónyuges y la prevalencia por la conservación del vínculo matrimonial.

En tercer lugar, resulta necesario precisar sobre el tema de la reconciliación, puesto que el artículo 346 del Código Civil Peruano establece que concluyen los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. En el supuesto que la reconciliación se produzca durante el juicio, el juez concluye con el proceso. En el caso que se reconcilien después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges deben dar conocimiento al juez que llevo el proceso. Por tanto, la sentencia como la reconciliación, producida después de ella, se inscriben en el registro personal. La cual se encuentra establecida con el fin de proteger a la familia y, principalmente, promocionar el matrimonio.

En ese sentido, se considera que la norma debió regular de la misma manera que en el proceso judicial un tema tan importante como la reconciliación, en tal sentido debería ser pertinente su aplicación por parte de los notarios y alcaldes cuando estas se produzcan, para que procedan a emitir una nueva resolución de alcaldía o acta notarial declarándola e inscribiéndola en el registro correspondiente.

Otro aspecto relevante es el supuesto relacionado a la inasistencia por parte de los cónyuges a la audiencia. En el procedimiento administrativo presenta una regulación distinta a la establecida en el proceso civil, ya que según el artículo 203 del Código Procesal Civil Peruano, en caso de inasistencia de uno o ambos cónyuges se archiva el proceso ya que se configuran como una sola parte.

Por lo tanto, en el proceso judicial es inaplazable la audiencia única, en contraposición a lo legislado en el procedimiento ante las notarías y municipalidades ya que según lo establecido en el artículo 6 de la Ley Nro. 29227 y el artículo 12 de su Reglamento, se proporciona un margen de discrecionalidad para calificar motivos de inasistencia justificada de uno o ambos cónyuges a la primera citación, otorgándose la facultad de reprogramar una nueva fecha en un

plazo de 15 días posteriores a la inasistencia en la primera programación de sesión. Y solo en caso de persistir en la inasistencia se procede al archivamiento del procedimiento.

Lo que se interpreta como una regulación contraria a la reconocida en el ordenamiento jurídico peruano, puesto que además de ser contraria a lo recogido en el Código Civil Peruano, es contrario a lo establecido por el Principio de Promoción del Matrimonio puesto que brinda una mayor oportunidad para proceder con la separación lo que se comprende como una mayor accesibilidad al divorcio frente a la institución del Matrimonio.

Finalmente, con respecto a la ausencia de la calificación del convenio regulador en el procedimiento municipal y notarial en contraposición a lo determinado en el proceso judicial de separación convencional y divorcio. En este último se legisla en el artículo 579 del Código Procesal Civil Peruano la posibilidad que tiene el juez de desvincularse del contenido del convenio propuesto por las partes, en caso no se asegure de manera adecuada las obligaciones alimentarias, los deberes del ejercicio de la patria potestad y los derechos de los menores o incapaces.

En esta potestad se refleja el ejercicio de la función tuitiva otorgada a los órganos jurisdiccionales para la administración de justicia. Si bien, al iniciar un proceso judicial por separación convencional se adjunta a la demanda el convenio regulador, el cual acorde a lo establecido en el artículo 576 del Código Procesal Civil Peruano determina una tutela anticipada del convenio puesto que, le brinda una eficacia jurídica, esto sin perjuicio de lo reconocido en la sentencia. En esa misma línea, dentro del proceso se reconoce que con la intervención del juez y del fiscal de familia, pueden mejorar los acuerdos que inicialmente han sido propuestos por los cónyuges.

En ese sentido, se diferencia de lo legislado en el procedimiento administrativo puesto que no existe la posibilidad de no acoger o modificar el convenio, en el sentido que la norma no hace referencia a ningún convenio regulador, sino simplemente se reduce a un trámite en el que se cumple con los requisitos. No obstante, estos últimos contienen los mismos aspectos recogidos en el convenio regulador establecido en el proceso judicial, sin embargo, en el procedimiento municipal y notarial no pueden ser modificados porque que se encuentran en sentencia firme o acta de conciliación extrajudicial, que tiene el mismo valor de una sentencia de cosa juzgada.

De forma tal que, estas actuaciones no se han establecido en la Ley Nro. 29227 para el procedimiento administrativo que se efectuará ante el alcalde o el notario, por ende, acorta los plazos en dicha vía y es más rápida pero menos tuitiva, reduciendo así la participación de los competentes, basándose principalmente en la revisión del cumplimiento de los requisitos

establecidos en la norma y dejando de velar por un verdadero cumplimiento de la defensa de la protección de la familia y el matrimonio, a través de una regulación que no permite un pleno ejercicio de sus derechos de manera efectiva, en el cual ni se reconoce un plazo para la revocación, reconciliación, sino que más bien brinda plazos en favor del divorcio, y sobre todo no se brinda una verdadera protección de los intereses de los miembros más perjudicados de la familia, como son los menores de edad.

En conclusión, si bien las familias tienen autonomía para constituirse y organizar su vida de hogar, sin embargo, estas deben cumplir con deberes y derechos establecidos en la normatividad para cumplir con sus finalidades, no obstante, se generan crisis familiares por diversos motivos. En tal sentido, el Estado interviene cuando dichas crisis familiares han traspasado la esfera íntima familiar y requerido de un tercero para una solución de la misma.

Por lo cual, el Estado debe suministrar las vías idóneas y correctas para resolver aquellos supuestos y superar el conflicto para garantizar la protección a la familia y del matrimonio. En ese sentido, la determinación en norma administrativa que disuelve el matrimonio es contrario a lo establecido en los principios de protección de la familia y promoción del matrimonio, puesto que, no hace referencia a actos procesales que se encuentran en el proceso civil.

Así, en primer lugar no protege de manera integral a los miembros más vulnerables, ya que no hay intervención por parte del Ministerio Público que asegure los derechos de los hijos menores de edad, ni permite la modificación de lo establecido en los acuerdos por los cónyuges, puesto que, las intervenciones de las autoridades públicas debe ser para el cumplimiento de las finalidades establecidas para la familia, entre las que se encuentra, la formación y protección de los integrantes más vulnerables de la misma, sentido en el cual no es concorde al principio de protección de la familia.

En segundo lugar, no reconoce el período de reflexión para retractarse del divorcio, ni se encuentra reconocida la reconciliación, lo que es contrario a lo establecido por el principio de promoción del matrimonio el que propende de manera esencial la conservación del vínculo matrimonial, por tanto, la ausencia de estos dos aspectos vulnera lo establecido en el Principio Constitucional. En ese sentido, la norma no cumple con el estatuto de promoción del Estado hacia el matrimonio.

2.5.2 Sobre la competencia

Tanto en el artículo 3, Ley Nro. 29227, como en el artículo 4 de su Reglamento se ha establecido reglas para determinar la competencia en esta clase de procedimientos a los alcaldes provinciales y distritales de las municipalidades acreditadas, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio.

Al respecto, se tienen en consideración que es un error haber considerado en competencia al alcalde distrital o provincial de la municipalidad acreditada, puesto que debió señalarse explícitamente que tendría que recurrirse ante la máxima autoridad administrativa de la municipalidad acreditada de donde se celebró el matrimonio civil. Ello en virtud que de acudir a su competencia sería lo más óptimo, económico y rápido para realizar el trámite e incluso la inscripción, ya que la celebración del matrimonio se desarrolló ante la misma municipalidad.

No obstante, también se podría especificar el inicio del trámite ante la municipalidad del lugar del domicilio actual de una de las personas que lo solicitan, en el sentido de lo reconocido por el artículo 23 del Código Procesal Civil Peruano para el caso de los procesos no contenciosos.

Además, el reglamento no regula sobre la delegación de facultades del alcalde para que otro funcionario realice el trámite¹⁶, lo que implica que los alcaldes deben tramitar personalmente estos procesos en aplicación estricta del artículo 9 del Reglamento de la Ley Nro. 29227, a lo que se adiciona lo establecido en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley Nro. 29227 por el que debe realizar el procedimiento con la aprobación del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad sobre el cumplimiento de los requisitos.

En ese sentido, es de atender que el área legal u abogado deberían ser profesionales con experiencia o especializados en el área del Derecho de Familia, para que se realice un idóneo cumplimiento de las funciones determinadas por la norma y brindar su aprobación o negación sobre los requisitos presentados para este procedimiento.

En cuanto a la regulación de la competencia del notario es conveniente precisar que en la Ley Nro. 29227 y su Reglamento existe una redacción errónea al señalar el término jurisdicción cuando a lo que se pretendía referir es a la competencia. Así, la competencia será ante el notario del último domicilio conyugal o en el lugar donde se celebró el matrimonio. Es de considerar que este último resultará más económico si el notario asume la inscripción en el registro, en ese sentido sus honorarios serían menores.

Así mismo, en razón de una mejor legislación y aplicación en el caso de la competencia notarial se incluiría a las notarías del domicilio actual de los solicitantes como competentes para el trámite de separación convencional, con base a aplicación supletoria de la competencia

¹⁶ A diferencia de la regulación en el artículo 260 del Código Civil Peruano, por el que el alcalde puede delegar por escrito su facultad a otros funcionarios para la celebración del matrimonio.

territorial establecida en el artículo 23 del Código Procesal Civil Peruana, en virtud del artículo 3 de la Ley Nro. 26662, Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos.

Sobre el tema, es oportuno reiterar que, si se pretendía llevar un proceso de divorcio convencional de forma célere, una excelente opción en cuestiones monetarias y de mayor acceso para la sociedad, sería el otorgar la competencia a los jueces de paz letrados o jueces de paz. Estos últimos presentan un mejor conocimiento y experiencia sobre los temas de Derecho de Familia, así como, cuentan con una debida preparación para el ejercicio de la justicia además de brindar un mayor acceso para aquellas personas que se encuentren muy alejadas de las instituciones especializadas para administrar justicia, más aún en el sentido que puede calificar el convenio regulador y de esa manera asegurar adecuadamente los derechos y deberes de los miembros de la familia.

2.5.3 *Respecto a los requisitos que deben cumplirse*

La Ley Nro. 29227 en el inciso a) del artículo 4 propone que sea de aplicación a los cónyuges sin hijos menores de edad y que en caso de tener hijos menores de edad o mayores incapaces, deben cumplir con los requisitos de contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y regímenes de visitas de los hijos.

Por lo que se debería tener en cuenta, que las consecuencias del divorcio no son solo sobre las partes implicadas, cónyuges, sino que se debe ponderar y proteger los intereses de los hijos dependientes de sus padres frente a este tipo de situaciones. Lo cual no ha sido considerado por el legislador al momento de expedir la Ley Nro. 29227 en la cual equipara el trámite administrativo existan o no hijos dependientes de la relación conyugal.

Para iniciar, en la regulación de la Ley Nro. 29227 es un grave error el igualar el tratamiento de los hijos menores de edad con los hijos mayores incapaces. Puesto que, según el inciso d) del artículo 5 de la Ley Nro. 29227 establece los mismos requisitos independientemente de si se trata de hijos menores o hijos mayores con incapacidad, sin embargo, en el inciso 2 del artículo 5 del Reglamento de la Ley Nro. 29227 si establece la distinción de los supuestos y por ende de las figuras jurídicas.

En este sentido, es conveniente señalar que los supuestos para acordar las pretensiones o acuerdos son distintos, ya que respecto del supuesto de los hijos menores los progenitores deberán de resolver previamente al procedimiento administrativo sobre el ejercicio de la patria potestad, los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas, en tanto que, sobre el supuesto de los hijos mayores incapaces, previamente requerirán de una sentencia de interdicción judicial.

acorde a lo estipulado en el artículo 581 del Código Procesal Civil Peruano a fin de que se determine quién será su curador o representante.

Por lo tanto, se precisa que previo al procedimiento administrativo, los cónyuges deberán haber resuelto vía judicial o de conciliación extrajudicial, lo relativo a los derechos de los hijos menores de edad y en la vía judicial lo referido a los hijos incapaces. Por lo cual, se puede afirmar que ni el notario ni el alcalde resolverán estas pretensiones, siendo competentes sólo para analizar la procedencia de la separación convencional y el divorcio ulterior, como se encuentra establecido en el Reglamento de la Ley Nro. 29227, de manera contraria a lo establecido en la Ley Nro. 29227.

Por otro lado, es necesario señalar que la ley no ha legislado correctamente este asunto, pues señala que los cónyuges deberán sustituir o liquidar el régimen patrimonial o de carecer con bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, según el inciso 3 del artículo 5 del Reglamento de la Ley Nro. 29227.

En ese sentido, la norma no ha legislado el requisito correctamente puesto que solo debió consignarse la posibilidad de modificar o sustituir el régimen patrimonial, que es una de las formas de poner fin a la sociedad de gananciales, puesto que la figura de la liquidación y la sustitución no son iguales. A pesar de que, posteriormente, una sustitución del régimen de sociedad de gananciales se produzca una liquidación.

Por lo que, el procedimiento administrativo o notarial debería establecerse solo para aquellos matrimonios sin hijos o con hijos mayores de edad y/o sin bienes patrimoniales susceptibles de liquidación, en virtud de que si hay hijos menores de edad con bienes patrimoniales, puede ser controversial ya que ellos también se verán sometidos inevitablemente en las consecuencias que generaría un cambio o detrimento económico producto de la separación o el hecho, por ejemplo, que no se ha estipulado con relación al establecimiento del domicilio familiar, el cual también se encuentra ausente en el convenio regulador. Todo ello porque en el alcance de las funciones que pueden ejercer un notario o alcalde no podrían advertir ni modificar el acuerdo para imponer equidad ya que solo es una facultad del juez.

2.5.4 *Respecto al ámbito económico de la regulación del procedimiento*

La ordenación que realiza el procedimiento de la Ley Nro. 29227 y su Reglamento no simplifica, en relación a la obtención de los acuerdos que se deben tener establecidos para iniciar el procedimiento en esta vía. Por ello requiere de la existencia de títulos de ejecución, en sentencia firme o acta de conciliación, que regulen la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos, y lo establecido en el supuesto de hijos mayores incapaces o en su defecto declaración jurada de no tener hijos menores o mayores incapaces. Exige, además, tener bienes

sujetos al régimen de la sociedad de gananciales o la inscripción en los Registros Públicos de la Escritura Pública de separación de patrimonios, sustitución o liquidación del Régimen patrimonial.

En ese sentido, los cónyuges que no tengan ya resuelto de modo previo y de manera adecuada en salvaguarda de sus derechos estos requisitos, la obtención de los mismos representará asumir un costo adicional de tiempo y dinero. En el supuesto de la sustitución del régimen patrimonial por Escritura Pública y para sus respectivos costos de inscripción en los Registros Públicos. Asimismo, en cuanto a llevarlo por una vía más privada lo relacionado al régimen de patria potestad, régimen de visitas y alimentos, implicará un gasto económico para la obtención de un acuerdo a nivel de Centros de Conciliación especializados en familia.

Además, de asumir como se encuentra establecido en la Única Disposición Complementaria de la Ley Nro. 29227, se incluirán las respectivas modificaciones de los TUPA de las Municipalidades para el cobro de las tasas respectivas, así como del estrato socio económico donde esté el municipio en que se realizará el procedimiento. y por otro lado lo relacionado a los costos propios de los trámites notariales, las cuales suelen cobrar montos dinerarios por sus servicios, los cuales no serían de fácil acceso a todos los ciudadanos.

En la misma línea, en los procedimientos notariales según la Ley Nro. 29227 no menciona al respecto de la intervención de los abogados patrocinantes, el reglamento sí establece expresamente su intervención, en el primer párrafo del artículo 8 de su Reglamento, por lo cual se generaría una excesiva onerosidad del trámite establecido.

Se concluye que los principales beneficiados con esta norma son las personas con recursos económicos suficientes para asumir estos trámites previos y que encontrarán en este procedimiento un mecanismo eficiente para privatizar o mantener en reserva la tramitación de su divorcio. En razón a ello, no sería una norma de fácil acceso para las personas de escasos recursos económicos, cuyo costo del trámite dependerá de las leyes de la oferta y la demanda, pues sería injusto y discriminatorio que estos procedimientos solo sean de acceso para personas que tienen la solvencia económica para acceder a ello y no para toda la población. Lo que resultaría contradictorio a los argumentos presentados para legislar la norma, principalmente el de acceso a la justicia.

Por lo tanto, la ordenación del procedimiento, que si bien tiene la finalidad de obtener un procedimiento de divorcio ulterior más rápido¹⁷, frente a la vía judicial la cual conforme a

¹⁷ En el sentido que ha sido mal denominado “divorcio *express*” ya que no procede como un divorcio directo, como es el caso de las demás causales para el divorcio, si no que en este caso previamente debe obtenerse la separación convencional.

las últimas modificaciones en la legislación de la S.C.D.U los plazos disminuyeron, lo que genera su mayor efectividad y rapidez en cuestión de tiempo y que al ser realizado ante un juez, representante del Estado y persona calificada para ello, propone la seguridad jurídica necesaria y el ejercicio de una actuación tuitiva por parte del Estado.

Contrario a lo establecido por el procedimiento administrativo que no salvaguarda los intereses de todos los miembros en ella, ya que no proporciona seguridad ni brinda los medios idóneos para que, durante el transcurso del divorcio y separación, todos los miembros puedan contar con una protección familiar adecuada.

Puesto que, la ruptura del vínculo matrimonial afecta a todos los miembros de la familia, especialmente, a los miembros más vulnerables que son los hijos. En ese sentido, el procedimiento administrativo debería brindar la mejor protección a los niños y adoptar las medidas necesarias para que en las consecuencias jurídicas del divorcio establezcan de manera favorable los deberes de los padres y se cumplan con los derechos de los menores, en aras del Principio de la Protección de la familia.

El cual se encuentra relacionado con el interés superior del niño, que establece a la familia como la primera en proporcionar la mejor protección a los niños, así como en adoptar y ejecutar medidas que favorezcan su desarrollo y bienestar. Sin embargo, en las crisis familiares de tal magnitud, como los procesos de divorcio, que generan consecuencias jurídicas en todos los miembros de la misma, es importante que, además de que, los padres deciden lo mejor para sus hijos, también intervenga un representante del Estado para dar mayor seguridad a los mismos y de esa forma buscar el bienestar y mejor desarrollo para los menores. Lo que no se encuentra reconocido en el procedimiento administrativo de separación convencional y divorcio ulterior ya que se limita al cumplimiento de requisitos y trámites, sin mayor intervención.

Y con respecto, a la preservación del vínculo matrimonial se evidencia su ausencia en la regulación del procedimiento administrativo de divorcio, puesto que, no establece un periodo de reflexión sobre el divorcio ni tampoco estipula sobre la reconciliación sobre los cónyuges, aspectos que sí se encuentran establecidos en el proceso judicial, y que reflejan la posibilidad de sostener el vínculo matrimonial, como se encuentra contenido en Principio Constitucional de Promoción del Matrimonio.

Esta divergencia en la regulación no tiene sentido puesto que lo establecido en el trámite como una vía alternativa ante la vía notarial o municipal no legitima una respuesta legal distinta en lo establecido de la institución de la separación convencional. Lo que contrasta con el Principio Constitucional de Promoción del Matrimonio puesto que la separación debe ser el

resultado de una decisión reflexiva para quienes voluntariamente la asumen como una salida a su crisis matrimonial.

En ese sentido, es equivocada la opción legislativa de llevar un proceso de S.C.D.U por la vía administrativa o notarial, puesto que si propone una finalidad de simplificar el procedimiento de manera legítima, ello no implica generar una regulación fuera del sistema de divorcio, ni ser contraria a lo determinado en nuestro ordenamiento jurídico, por el que se entienden incluidos sus principios constitucionales, de forma tal que no ejerce una tutela jurisdiccional efectiva en el caso particular para la protección de los bienes jurídicos que se afectan por una regulación incorrecta. En tal sentido, se debería ponderar el ejercicio de una correcta tutela de los derechos de los miembros que integran la familia y brindar la posibilidad de reflexión sobre el vínculo matrimonial, así como su reconciliación, con respecto a la celeridad pretendida para la S.C.D.U.

Por lo que, la vigencia de la ley Nro. 29227 y su Reglamento presenta muchas contradicciones en relación a los argumentos por los cuales fue promulgada, así como una innecesaria legislación sobre un supuesto que ya se encuentra en ejercicio de una competencia adecuada para la importancia del bien jurídico que afecta, esto es en la personas integrantes de la familia, aunado a ello, presenta errores en la redacción y terminología empleada, y contradicciones entre lo establecido en la Ley y su reglamento. En conclusión, su regulación no es acorde a lo establecido por los Principios de Protección a la Familia y Promoción al Matrimonio.

Conclusiones

Primera. El Principio Constitucional de Protección de la Familia y Promoción del Matrimonio reconoce a la familia y al matrimonio como instituciones generadoras de derechos y deberes, los cuales tienen que ser cumplidos entre los integrantes de la misma organización y en caso que, se generan conflictos que no puedan ser solucionados en la esfera íntima familiar, el Estado dispondría de los medios y las entidades correspondientes, cuya intervención sería para el efectivo cumplimiento y salvaguarda de los derechos de los miembros vulnerables. La razón de dicha intervención es debido al cumplimiento del bien común por parte del Estado y la protección de cada uno de los integrantes en concordancia a lo regulado en el ordenamiento jurídico peruano.

Segunda. El divorcio es una figura de excepcionalidad y no un estado de aplicación general. Es necesario en aquellos casos en que la condición de la relación matrimonial es insostenible e irreparable, de forma tal que, si presenta una ruptura del vínculo matrimonial y posterior separación definitiva esta sea declarada por el órgano jurisdiccional. Se pretende que la situación en la que se desenvuelva el proceso para su obtención sea justo y no vulnere los derechos de los miembros de la familia, especialmente en caso de que existan hijos sujetos a la patria potestad mediante la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño.

Tercera. La regulación de la Ley Nro. 29227 presenta contradicciones en relación a los argumentos por los cuales fue promulgada, como en el acceso a la justicia, en la descarga procesal y en la simplificación de sus trámites, además de errores en la forma de regular los supuestos para la competencia, así como en los términos empleados, e incongruencias entre lo regulado en ella y su Reglamento. Por el cual, en este procedimiento se pondera la revisión del cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma, sobre el ejercicio de una tutela en cumplimiento de la defensa y protección de la familia y el matrimonio, a través de una regulación que no permite un pleno ejercicio de sus derechos de manera efectiva.

Cuarta. El procedimiento por vía notarial y municipal de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior no regula los aspectos de reflexión ni de reconciliación sobre la ruptura del vínculo matrimonial, el que se pretende mantener a través del Principio de Promoción del Matrimonio, así como en la regulación de las consecuencias jurídicas del divorcio sobre los miembros más vulnerables de la familia, los hijos menores de edad, puesto que no asegura el cumplimiento de sus derechos y deberes, afectando el Principio de Protección de la familia.



Lista de abreviaturas

cf.	Confróntese.
D.S	Decreto Supremo.
Ibídem.	En el mismo lugar.
Nro.	Número.
p.	Página.
pp.	Páginas.
S.C.D.U	Separación Convencional y Divorcio Ulterior.
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos.





Lista de referencias

- Awid y Sexual Right Initiative. (2015). *La protección de la familia: “Una respuesta desde los Derechos Humanos”*.
https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/protectionfamily_sp.pdf
- Baqueiro, E., & Buenrostro, R. (1994). *Derecho de familia y sucesiones*. Harla S.A.
- Bénabent, A. (2003). *Droit civil - La famille* (LexisNexis (ed.); 11a ed.).
- Bossert, G., & Zannoni, E. (1989). *Manual de derecho de familia* (2a ed.). Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Buttiglione, R. (1999). *La Persona y la Familia*. PALABRA.
- Campana, M. (2008). La Ley N° 29227, ¿una norma divorciada de la sociedad? *Jus, doctrina y práctica*, 6, 7–25.
- Capparelli, J. C. (2010). *La protección del interés familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*. Fundación Universidad Católica Argentina.
- Castán Tobeñas, J. (1994). *Derecho civil español, común y foral. TV: Derecho de Familia* (12a ed., Vol. 1). Editorial Reus.
- Castillo, M., & Torres, M. (2013). Análisis de la enfermedad grave de transmisión sexual como causal de divorcio. En *Coor. Torres, Manuel. El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia causales, procesos y garantías* (pp. 9–28). Gaceta Civil y Procesal Civil.
- Cillero, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 9.
- Cornejo, H. (1982). *Derecho Familiar Peruano* (4a ed.). Librería “Studium”.
- Cornejo, M. (2000). *Matrimonio y familia su tratamiento en el Derecho*. Tercer Milenio.
- Corominas, J., & Pascual, J. (1984). *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico. Volumen 2*. Editorial Gredos.
- Corral Talciani, H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*. Editora Jurídica Grijley.
- D’Ors, Á. (1960). *Elementos de derecho privado romano*. Studium Generale.
- De Ruggiero, R. (1931). *Instituciones de derecho civil, Tomo II* (4a ed.). Editorial Reus.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2004). *Sistema de Derecho Civil. V. IV: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones* (9a ed.). Tecnos.
- Ferrer, F. (1979). *Cuestiones de derecho civil*. Culzoni Editores.
- García, J. (2011, diciembre 2). *La familia romana - Derecho Romano*.
<https://www.derechoromano.es/2011/12/la-familia-romana.html>

- Girgis, S., George, R., & Anderson, R. T. (2012). What is Marriage? *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 34(1), 245–287.
- Gomez, F. (1992). *El proceso civil*. Editorial Fórum S.A.
- Gonzales, H. (2012). *Suma Teológica de Santo Tomas de Aquino: Sobre las personas divinas*.
<http://hjg.com.ar/sumat/a/c29.html>
- Groeninga, G. (2003). Familia. um caleidoscópio de relações. En *Direito de Familia e Psicanálise. rumo a uma Nova Epistemologia*.
- Hernández Rodríguez, G. (1999). Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho. *Las uniones de hecho: una aproximación plural, 1999, ISBN 84-89708-44-4, págs. 1-46, 1–46*.
- Hinojosa, A. (2011). *Procesos de separación de cuerpos y divorcio* (4a ed.). Jurista Editores.
- Infante-Rojas, D. (2019). *La Familia Ensamblada Y Su Protección Constitucional Como Familia Natural*. Universidad de Piura.
- Lasarte, C. (2005). *Principios de Derecho Civil* (4a ed.). Marcial Pons.
- Loreto, L. (1960). La conversión de la separación de cuerpos en divorcio. *Revista de Derecho y Legislación*.
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial, Tomo III*. Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Manual del curso de conciliación especializado en Familia*. Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial - ENCE, y Centro de Estudios en Justicia y Derechos Humanos.
- Morales, F. F. (2002). Principios Jurídicos y Sistemas Normativos. *Foro Jurídico*, 01, 149–156.
- Mosquera, S. (2013). Elementos Esenciales Del Concepto Jurídico De Matrimonio. En *Pázmány Law Review*.
- Murphy, W. (1980). *La enseñanza social de Juan Pablo II: la persona, la nación y el estado*.
- Parra, J. (1995). Principios generales del Derecho de Familia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*.
- Pérez Berrios, F. R. (2016). La protección a la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares. *Revista de Derecho*, 19, 31–54.
<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i19.2318>
- Peyrano, J. (1978). *El proceso civil: principios y fundamentos*. Astrea.
- Plácido V., A. F. (2001). Divorcio : reforma del régimen de decaimiento y disolución del

matrimonio. *Gaceta Jurídica*.

Ramos Pazos, R. (2009). *Derecho de familia* (7a ed.). Editorial Jurídica de Chile.

Real Academia Española. (s/f-a). *Promover*. Diccionario de la Real Academia Española.

Recuperado el 1 de abril de 2021, de <https://dle.rae.es/promover>

Real Academia Española. (s/f-b). *Proteger*. Diccionario de la Real Academia Española.

Recuperado el 20 de febrero de 2021, de <https://dle.rae.es/proteger>

Sánchez Meca, D., & Abad Pascual, J. J. (2015). La filosofía clásica. El origen de la filosofía.

- Aristóteles. En *Historia de la Filosofía*. McGraw-Hill.

Soto, E. (1994). La familia en la Constitución Política. *Revista Chilena de Derecho*, 21.

Suarez, R. (2001). *Derecho de familia, Tomo I*. Temis.

Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia* (Número 01). *Gaceta Jurídica*.

