



PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

1. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL

a) Generalidades

La separación de cuerpos (denominada también divorcio imperfecto, divorcio limitado, divorcio no vincular, separación personal o separación corporal), **es una figura jurídica que implica la suspensión del deber de cohabitación a que están sujetos los cónyuges, pero también la subsistencia del vínculo matrimonial, puede basarse en el acuerdo de aquéllos en tal sentido, siempre que hayan transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.** Se está, pues, ante la llamada separación convencional (o separación consensual o por mutuo disenso o divorcio por presentación conjunta).

La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, constituye así una causal de separación de cuerpos. Ello conforme a lo dispuesto en el inciso 13) del artículo 333 del Código Civil.

La separación convencional es un asunto contencioso que se tramita en vía sumarísima (arts. 546 -inc. 2)- y 573 del C.P.C.). Se encuentra regulada en el Sub-Capítulo 2° (“Separación convencional y divorcio ulterior”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 573 al 580.

Es de resaltar que, declarada judicialmente la separación convencional, puede producirse su conversión a divorcio, siempre que así lo solicite alguno de los cónyuges (después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación: art. 580 -primera parte- del C.P.C.). El carácter expeditivo que adquiere en este caso la disolución del vínculo matrimonial (pues la sentencia se emite luego de tres días de notificada la otra parte de la solicitud de divorcio: art. 580 –in fine- del C.P.C.) explica el tratamiento conjunto de las pretensiones de separación convencional y de divorcio, así como la denominación que les confiere el Código Procesal Civil a ambas (en el Sub-Capítulo 2° del Capítulo II del Título III de su Sección Quinta): *Separación convencional y divorcio ulterior*. Puntualizamos que nuestro ordenamiento procesal no prevé la disolución directa del vínculo matrimonial por acuerdo de los cónyuges, estando condicionado el divorcio ulterior a la previa sentencia de separación de cuerpos convencional (centrándonos en el caso particular) y al transcurso de un determinado lapso de tiempo para presentar la correspondiente solicitud de divorcio (dos meses - reiteramos- de notificada la sentencia de separación).



Acerca de la separación convencional, *De Fuenmayor* nos ilustra de esta manera:

“Para poner de relieve que ciertos supuestos de separación se asientan en la voluntad concorde de los cónyuges, se habla muy frecuentemente de separación convencional o consensual. Este es el único rasgo aceptado unánimemente por cuantos utilizan esa terminología, ya que la discrepancia surge cuando se busca una expresión sinónima. Entonces se descubre que la terminología común expresaba, en rigor, supuestos y regímenes muy diferentes entre sí. Según algunos, la separación convencional puede denominarse también separación *bona gratia*, porque en ella los cónyuges se separan voluntariamente sin instruirse juicio: no depende de causas determinadas y prescinde de investigar sobre la culpa. Otros prefieren incluir la separación convencional en el género de las judiciales, para poner de manifiesto el requisito de la homologación, exigido por algunas legislaciones. No falta tampoco quien advierte que el término ‘*separación consensual*’ es simplemente un modo convencional de decir. Según otros autores (...) debe hablarse de separación amistosa (...).

(...)

Según otra terminología, muy extendida, debe distinguirse entre la separación contenciosa -también llamada judicial propiamente dicha- y la separación convencional. Pero esta última, a su vez, ofrece una fundamental subdivisión: la convencional puede ser simple separación de hecho o un tipo concreto de separación legítima o legal, es decir, una figura de separación regulada por el ordenamiento.”

Gómez de Liaño González dice que, tratándose del proceso de separación y divorcio por mutuo acuerdo, “... estamos ante un procedimiento muy peculiar creado (...) al objeto de facilitar la separación en los casos en los que los cónyuges están de acuerdo, y sin necesidad de alegar causa alguna con la importante particularidad de iniciarse por ambas partes sin existencia de discusión o contienda, estando ausentes algunas de las notas características del proceso contencioso, y llegando a discutirse la naturaleza jurisdiccional del procedimiento puesto que si las partes están de acuerdo, no hay nada que decidir. Entendemos sin embargo que el Juez, al dictar sentencia, realiza una actividad completa de conocimiento, enjuiciando las circunstancias que concurren, y pudiendo manifestarse oposición por parte del Ministerio Fiscal, y esta actividad judicial pertenece también al campo genuinamente decisorio de la jurisdicción.”

Francisco Ferrer, en cuanto a las características esenciales de la separación de cuerpos o divorcio por mutuo consentimiento, anota lo siguiente: “Del análisis de la legislación comparada que admite la separación de cuerpos o el divorcio absoluto por mutuo consentimiento, podemos extraer las características esenciales de este medio de separarse u obtener la disolución del matrimonio:

1) Se basa en el acuerdo mutuo de los cónyuges.



- 2) No se expresan las causas de la separación o el divorcio.
- 3) No presupone la culpa de ninguno de los cónyuges.
- 4) La función del juez se limita: a) Verificar que la voluntad de los esposos es real y libre; b) intentar la conciliación; c) controlar si el interés de los hijos menores o de uno de los cónyuges está debidamente preservado.
- 5) Verificada la voluntad real y libre de los esposos, fracasada la conciliación y salvado el interés de los hijos menores y ambos cónyuges, el juez debe homologar el pedido de los esposos, no pudiendo en este caso rechazar la separación o el divorcio.
- 6) Los efectos de la separación o divorcio consensual no dependen de la culpa de uno o ambos cónyuges, quienes de común acuerdo pueden regular las consecuencias patrimoniales y la guarda de los hijos, y a falta de tal convención los efectos será como si ambos hubiesen sido inocentes”

b) Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 547 -primer párrafo- del Código Procesal Civil, son competentes para conocer de los procesos sumarísimos de separación convencional y divorcio ulterior **los Jueces de Familia**.

Como en el proceso de separación convencional no hay parte demandante ni demandada (no siendo aplicable la regla de competencia que atribuye ésta al Juez del domicilio de alguna de ellas -sobre todo de la parte demandada-), será competente el Juez del último domicilio conyugal. Ello se desprende del inciso 2) del artículo 24 del Código Procesal Civil.

Al respecto, debe tenerse presente que, con arreglo a lo previsto en el inciso 7) del artículo 1 de la *Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos* (Ley Nro. 26662, del 20-09-1996), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar la separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia, cual es la *Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías* (Ley Nro. 29227, del 15-05-2008) y su Reglamento (Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS, del 12-06-2008). El artículo 3 de la Ley Nro. 29227 señala que son competentes para llevar a cabo el procedimiento especial (no contencioso) establecido en dicha Ley (sobre separación convencional y divorcio ulterior en municipalidades y notarías), los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio. Por su parte, el artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS prescribe: A) que el alcalde distrital o provincial de la municipalidad acreditada (por el Ministerio de Justicia), así como el



notario de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar de celebración del matrimonio, son competentes para realizar el procedimiento no contencioso (de la separación convencional y divorcio ulterior) regulado en la Ley Nro. 29227; B) que se entiende por domicilio conyugal el último domicilio que compartieron los cónyuges, señalado en declaración jurada suscrita por ambos; y C) que la solicitud de divorcio ulterior será tramitada ante el mismo notario o alcalde que declaró la separación convencional, de acuerdo a ley.

c) Intervención del Ministerio Público

Conforme se desprende del artículo 574 del Código Procesal Civil, el Ministerio Público, en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, interviene como parte sólo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y, como tal, no emite dictamen. Dicho numeral es concordante con el inciso 1) del artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo Nro. 052), según el cual son atribuciones del Fiscal Provincial de Familia intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los procesos de nulidad de matrimonio, de separación de los casados y de divorcio.

d) Titularidad de la acción y representación

Las actuaciones podrán realizarse a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso de separación convencional. Así lo autoriza el artículo 577 del Código Procesal Civil.

e) Requisito especial de la demanda: El convenio regulador

En principio, la demanda de separación convencional debe reunir los requisitos y anexos exigidos por los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, respectivamente.

Además, debe adjuntarse a la demanda de separación convencional el denominado convenio regulador, referido no sólo a relaciones de índole personal sino también patrimonial. El acuerdo entre los cónyuges en que se basa el proceso que nos ocupa no se limita a su separación corporal, siendo, pues, mucho más complejo.

Precisamente, el artículo 575 del Código Procesal Civil versa sobre el indicado requisito especial de la demanda de separación convencional, estableciendo que: “A la demanda debe anexarse especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

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



Gómez I Sinde dice del convenio regulador lo siguiente: “Este convenio significa un acuerdo de ambas partes -es decir, de los dos cónyuges- mediante el cual se acomodan sus relaciones personales y patrimoniales.

Debe presentarse necesariamente con la demanda de divorcio (o de separación) cuando sea solicitado por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

No es la causa de divorcio la que obliga a presentar un convenio regulador, sino el consenso de los cónyuges.

(...)

Al ser el convenio un reflejo de la voluntad de los cónyuges, se pueden incluir todos aquellos pactos que las partes consideren oportunos, pero debe reflejar, cuando menos, los extremos exigidos por la Ley.”

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez estiman que el convenio que debe acompañar a la demanda en el divorcio voluntario (o por mutuo consentimiento) en la vía judicial establecerá:

- “1. La persona que se hará cargo de los hijos menores;
2. La manera en que se atenderá a las necesidades de los hijos menores;
3. El domicilio en el que habitará cada uno de los cónyuges;
4. La forma de garantizar los alimentos del acreedor alimentario durante el procedimiento;
5. El modo de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento;
6. La designación del liquidador de la sociedad conyugal;
7. El inventario de bienes y deudas comunes.”

f) Anticipación de tutela

Expedido el auto admisorio, tienen eficacia jurídica los acuerdos (sobre los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales) del convenio anexo a la demanda (de separación convencional), sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia. Así lo prescribe el artículo 576 del Código Procesal Civil, que regula justamente la anticipación de tutela jurisdiccional.

En relación al tema, cabe señalar que el artículo 677 -primer párrafo- del Código Procesal Civil prevé como medida temporal sobre el fondo (que en sí puede ser vista



como un caso de anticipación de tutela jurisdiccional), cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, la ejecución anticipada de la futura decisión final, en atención al interés de los menores afectados con ella.

Además, el artículo 680 del Código Procesal Civil, también como medida temporal sobre el fondo, dispone que en cualquier estado del proceso (de separación o de divorcio) el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.

g) La prueba en el proceso de separación convencional

En el proceso de separación convencional debe acreditarse principalmente:

- El vínculo matrimonial.
- El transcurso de al menos dos años de la celebración del matrimonio (para lo que es necesario, como es obvio, acompañar la prueba de la unión matrimonial).
- El convenio regulador (lo que se logra, claro está, acompañando el documento que contiene la propuesta de convenio que regule los regímenes de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales, debiendo estar dicho documento firmado por ambos cónyuges).

g) La reconciliación de los cónyuges

“... La separación personal deja subsistente el vínculo matrimonial aun cuando dispense a los cónyuges del deber de cohabitación (...). Desde esta perspectiva la subsistencia del matrimonio se proyecta hacia el futuro permitiendo eventualmente la revitalización de la unión y el pleno restablecimiento de los deberes-derechos que la separación personal ha extinguido o menguado. Tal restablecimiento opera si acaece la reconciliación de los cónyuges.”

“La reconciliación importa el recíproco perdón de los agravios u ofensas que provocaron la separación personal, y, además, la intención de restablecer la plena comunidad de vida...” (ZANNONI, 1989).

Lagomarsino y *Uriarte*, respecto de la reconciliación, extraen las siguientes conclusiones: “... a) La reconciliación, como acto de restablecimiento de las vinculaciones familiares, se distingue de la tolerancia; b) este instituto se integra con elementos del perdón y aceptación del perdón, operando, también, en forma unilateral, sin que medie reciprocidad; y c) en cuanto a su naturaleza jurídica, se comporta como



un medio de composición de intereses, que clausura la posibilidad de que ciertos hechos revistan determinadas consecuencias y hace cesar algunos efectos legales.”

Lagomarsino y Uriarte conciben como caracteres de la reconciliación los que se indican seguidamente:

“a) Es bilateral. Requiere la aceptación del perdón por quien produjo los agravios. En caso de que las ofensas fueran recíprocas debe concurrir un perdón mutuo de los esposos y la aceptación de parte de cada uno de ellos.

b) No es formal (...).

c) Es pura y simple. Nuestra doctrina sostiene con alguna excepción referida a la condición, que la reconciliación debe ser pura y simple y que no puede estar sometida a modalidad alguna (...).

d) Puede ser expresa o tácita (...).

(...)

e) No es necesaria la previa separación de los cónyuges...”

En cuanto a la reconciliación de los cónyuges, nuestro ordenamiento jurídico establece lo siguiente:

- Dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia (única, correspondiente al proceso sumarísimo de separación convencional), cualquiera de los cónyuges puede revocar su decisión (de separarse corporalmente del otro), en cuyo caso se archiva el expediente. Así lo disponen los arts. 344 del C.C. y 578 -primer párrafo- del C.P.C. (Es de subrayar que la revocación aludida no implica necesariamente la reconciliación de la pareja matrimonial).

- No se admite revocación (de la decisión de separarse corporalmente del otro cónyuge) parcial ni condicionada (art. 578 -in fine- del C.P.C.).

- Cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriere después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso (primer párrafo del art. 346 del C.C.).

- Tanto la sentencia (de separación de cuerpos) como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal (arts. 346 -segundo párrafo- y 2030 -inc. 6)- del C.C.). Para ello es necesario que la correspondiente resolución judicial esté ejecutoriada (art. 2031 del C.C.) y que los jueces ordenen pasar partes al registro (personal), bajo responsabilidad (art. 2032 del C.C.).



- Reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación sólo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas (último párrafo del art. 346 del C.C.).

h) Sentencia de separación y efectos

La sentencia (en el proceso de separación convencional) acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores e incapaces (art. 579 del C.P.C.).

Luis Loreto señala al respecto que en la separación de cuerpos por mutuo consentimiento "... el Juez al pronunciarse deberá velar porque no se infrinjan las normas de orden público que son por su esencia inderogables por voluntad de los interesados, haciéndole a tal fin las observaciones que estime de derecho..."

Lagomarsino y Uriarte anotan que "en cuanto a sus efectos, la separación personal no disuelve el vínculo conyugal (...), ni habilita la celebración de nuevas nupcias. Subsistente el vínculo matrimonial, su efecto principal en el orden personal consiste en la cesación del deber de cohabitación y de los derechos-deberes vinculados a éste. En materia de bienes se produce la disolución, liquidación y partición de la sociedad conyugal. Completando sus efectos más importantes, cesa también la vocación hereditaria del cónyuge o de los cónyuges que hubieran dado lugar a la separación personal (...). Cabe destacar, asimismo, que ejercitado en todos sus alcances este instituto, permanece inalterado para el cónyuge separado personalmente el derecho irrenunciable a petitionar el divorcio vincular."

Según nuestro Código Civil:

- La separación de cuerpos (sea por separación convencional u otra causa) suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial (arts. 332 y 318 -inc. 2)- del C.C.).

- En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden (primer párrafo del art. 345 del C.C.).

- El padre o la madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno



derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (arts. 340 -último párrafo-, 345 -in fine- y 420 del C.C.).

- En cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (arts. 341 y 345 -último párrafo- del C.C.).

- Se inscriben en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad), entre otras, la resolución (sentencia) que declare la separación de cuerpos (arts. 346 -segundo párrafo- y 2030 -inc. 6)- del C.C.). Para ello es preciso que esté ejecutoriada (art. 2031 del C.C.) y que los jueces ordenen pasar partes al registro (Registro de Personas Naturales), bajo responsabilidad (art. 2032 del C.C.).

2. EL DIVORCIO ULTERIOR

a) Concepto

Para *Carbonnier*, “**el divorcio consiste en la disolución de un matrimonio válido, en vida de los cónyuges** (*divertere*, irse cada uno por su lado)...”

A criterio de *Zannoni*, “... se denomina divorcio vincular a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. Al aludir a la disolución del vínculo se entiende que la disolución opera extinguiendo, para el futuro, la relación jurídica matrimonial...”

Puig Peña refiere que “... cuando se habla de divorcio se alude al pleno, al absoluto, al definitivo, y que consiste en aquella institución por cuya virtud se rompe o disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias legítimamente contraídas, o contra las que no se ha promovido impugnación, dejando a los esposos en libertad de contraer nuevo consorcio...”

Dicho autor agrega que:

“... Son notas (...) fundamentales del divorcio las siguientes:

1° Es una institución jurídica comprensiva de una serie de relaciones que se abren en el Derecho a virtud de un pronunciamiento judicial (...).

2° Este recurso rompe unas nupcias legal y válidamente contraídas (...).

3° El vínculo de referencia queda deshecho mediante el mismo, de tal forma que los cónyuges quedan en libertad de pasar a contraer nuevo matrimonio. En esto se diferencia de la simple separación personal, ya que en ésta sólo desaparecen algunas



obligaciones particulares, como la de cohabitación; pero el vínculo queda en pie, conservándose en su consecuencia el deber de fidelidad y no pudiendo los cónyuges pasar a nuevas nupcias.”

Zannoni anota que:

“... El divorcio por petición conjunta de ambos cónyuges, a través del mutuo consentimiento, gana terreno en el derecho moderno como solución ante la rigidez o estrechez del régimen cerrado de causales que sólo permite decretarlo por culpa de uno o de ambos esposos. (...) El divorcio por mutuo consentimiento se erige en una suerte de *tertium genus* frente a la dicotomía ‘*divorcio-sanción*’, ‘*divorcio-remedio*’.

(...)

(...) En general, el derecho comparado muestra una tendencia decisiva a aceptar el divorcio por mutuo consentimiento sin necesidad de que los cónyuges aleguen, pública o reservadamente al juez, las causas del fracaso conyugal. Se exige sólo una cierta antigüedad del matrimonio que es variable según las diversas legislaciones. Otras han previsto sólo la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, que será más tarde convertible en divorcio. Finalmente, no faltan legislaciones que admiten el divorcio a petición de uno solo de los cónyuges alegando las causas que han provocado el fracaso del matrimonio si el otro las reconoce, en cuyo caso se hace clara la distinción entre divorcio por mutuo consentimiento -que exige requerimiento conjunto y que no obliga a los cónyuges a invocar causas del fracaso conyugal- y divorcio por petición de uno de los cónyuges aceptado por el otro -que no exige requerimiento conjunto pero sí la alegación por parte del demandante de las causas y su reconocimiento por el otro-.”

En nuestro ordenamiento jurídico, el divorcio ulterior es un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso sumarísimo (arts. 546 -inc. 2)- y 573 del C.P.C.). El Código Procesal Civil lo regula en el Sub-Capítulo 2° (“Separación convencional y divorcio ulterior”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de su Sección Quinta (“Procesos contenciosos”).

Precisamente, el artículo 580 -parte pertinente- del Código Procesal Civil prescribe que en el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil (referido a la conversión de la separación convencional en divorcio), procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación. Presentada la indicada solicitud (por cualquiera de los cónyuges), el Juez expedirá la respectiva sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte. Del artículo 354 -parte pertinente- del Código Civil se infiere que, 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



al Juez que se declare disuelto el vínculo del matrimonio; igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación de cuerpos por causal específica.

El carácter expeditivo que adquiere en este caso la disolución del vínculo matrimonial (pues la sentencia se emite luego de tres días de notificada la otra parte de la solicitud de divorcio) explica el tratamiento conjunto de las pretensiones de separación convencional y de divorcio, así como la denominación que les confiere el Código Procesal Civil a ambas (en el Sub Capítulo 2° del Capítulo II del Título III de su Sección Quinta): Separación convencional y divorcio ulterior. Puntualizamos que nuestro ordenamiento procesal no prevé la disolución directa del vínculo matrimonial por acuerdo de los cónyuges, estando condicionado el divorcio ulterior a la previa sentencia de separación de cuerpos convencional (centrándonos en el caso particular) y al transcurso de un determinado lapso de tiempo para presentar la correspondiente solicitud de divorcio (dos meses -reiteramos- de notificada la sentencia de separación).

b) Requisitos

Ramón Iribarne considera como requisitos de la petición de divorcio posterior al juicio de separación los siguientes:

“1°) Sentencia firme de separación de cuerpos.

2°) Transcurso de un año a contar de la sentencia que declaró la separación.

3°) Que no haya habido reconciliación manifestada por escrito al juzgado.

4°) Que cualquiera de los cónyuges pida al juez la declaración.”

Según nuestro ordenamiento jurídico, para que tenga lugar el divorcio ulterior se requiere:

- Una sentencia (se entiende firme) de separación convencional, pues si cabe la disolución de la conversión de la separación en divorcio, se deja sin efecto la mencionada solicitud de conversión (último párrafo del art. 356 del C.C.).

c) Competencia

Por disposición del primer párrafo del artículo 547 del Código Procesal Civil, son competentes para conocer los procesos sumarísimos de separación convencional y divorcio ulterior, **los Jueces de Familia**.

Ahora bien, del tratamiento conjunto que hace el Código Procesal Civil de los procesos indicados (en el Subcapítulo 2° del Capítulo II del Título III de su Sección Quinta), de la denominación que le asigna dicho Código al proceso que nos ocupa (divorcio ulterior), y de la lectura del artículo 580 de dicho Código adjetivo (en que se aprecia el carácter



expeditivo que tiene la sentencia de divorcio, pues se basa en el fallo que declara la separación convencional y en el transcurso de un determinado lapso de tiempo), se infiere que el órgano jurisdiccional competente para conocer la conversión de la separación en divorcio es precisamente aquel que dirigió el proceso de separación convencional.

Es de destacar que los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio, son competentes para llevar a cabo el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, conforme a las normas contempladas en la Ley Nro. 29227 y en su Reglamento: Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS, del 12-06-2008.

d) Intervención del Ministerio Público

Conforme se desprende del artículo 574 del Código Procesal Civil, en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, el Ministerio Público interviene como parte sólo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y, como tal, no emite dictamen.

Dicho numeral es concordante con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo Nro. 052), según el cual son atribuciones del Fiscal Provincial de Familia intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes, entre otros, en el proceso de divorcio.

e) Titularidad y representación

La titularidad para solicitar la conversión de la separación convencional a divorcio corresponde a cualquiera de los cónyuges. Ello se colige del primer párrafo del artículo 354 del Código Civil.

Pese a ser discutible, es de destacar que lo expuesto no obsta que las actuaciones judiciales en el proceso de divorcio puedan realizarse mediante apoderado, siempre que se encuentre investido con facultades específicas para ello. Advertimos que la autorización contemplada en el artículo 577 del Código Procesal Civil, para actuar a través de representante (apoderado), está referida al proceso de separación convencional. Sin embargo, en nuestra opinión, dicho precepto legal bien puede hacerse extensivo para el caso de las actuaciones judiciales a llevarse a cabo en el proceso de divorcio ulterior.

f) Tramitación



De acuerdo a lo señalado en los artículos 546 -inc. 2)- y 573 del Código Procesal Civil, la pretensión de divorcio ulterior se sujeta al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en el Sub-Capítulo 2° del Capítulo II del Título III de la Sección Quinta del indicado Código.

Así tenemos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 580 del Código Procesal Civil:

- La solicitud de disolución del vínculo matrimonial se presenta después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación (convencional).
- El Juez expedirá sentencia (de divorcio), luego de tres días de notificada la otra parte con la solicitud de disolución del vínculo matrimonial.

Debe tenerse presente, además, lo normado en el artículo 359 del Código Civil, del cual se infiere que la sentencia que declara el divorcio (ulterior) en mérito de la sentencia de separación convencional no será objeto de consulta alguna por el superior jerárquico del órgano jurisdiccional que emitió la referida sentencia de divorcio.

Por último, es de resaltar que se inscribe en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad), entre otras, la resolución que declara el divorcio (art. 2030 -inc. 6)- del C.C.). Para ello resulta indispensable que tal resolución se encuentre ejecutoriada (art. 2031 del C.C.) y que los jueces ordenen pasar partes al registro (Registro de Personas Naturales), bajo responsabilidad (art. 2032 del C.C.).

g) Efectos

“... La resolución que establece el divorcio, creando una situación jurídica nueva a los cónyuges (...) es una sentencia típica constitutiva, ya que se verifica una modificación del estado de casados mediante el mandamiento judicial...” (*GIL IGLESIA, 1958*).

Sobre los efectos del divorcio, *Gómez / Sinde* tiene el siguiente parecer: “La disolución del matrimonio, o sea, el divorcio, tiene efectos tanto frente al otro cónyuge como frente a terceros.

Frente al otro cónyuge, a partir de la firmeza de la resolución, cesan los derechos y deberes que el matrimonio impone: el deber de convivencia y de fidelidad; y, en cuanto a la obligación de socorrerse mutuamente, queda reducida al deber general de la protección del individuo hacia sus semejantes.

Permanece el deber de ayudarse mutuamente, si bien queda limitado a la cuantía de los alimentos, adaptándose en lo posible a las necesidades de quien los recibe y los medios de quien los da.

(...)



Frente a terceros, es decir, otras personas que no sean los cónyuges, el divorcio sólo produce efectos a partir de su inscripción en el Registro Civil.”

En relación a los efectos del divorcio (ulterior a la sentencia de separación convencional), nuestro ordenamiento jurídico establece principalmente lo siguiente:

- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio (art. 348 del C.C.).
- Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone (art. 360 del C.C.).
- Cesa el derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (art. 24 - primer párrafo- del C.C.).
- Fenece el régimen de la sociedad de gananciales por divorcio (art. 318 -inc. 3)- del C.C.).
- El régimen de separación de patrimonios fenece por divorcio (arts. 331 y 318 -inc. 3)- del C.C.).
- Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Sin embargo, el indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge, cesando esta obligación automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias.

Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso. Ello de conformidad con lo dispuesto en el primero, cuarto y quinto párrafos del artículo 350 del Código Civil.

- En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (arts. 420, 340 -in fine- y 355 del C.C.).
- El padre o la madre recobra, en el caso del artículo 444 del Código Civil (referido a la pérdida de la administración y del usufructo de los bienes de los hijos del matrimonio anterior debido a nuevo matrimonio y al incumplimiento del deber de solicitar la convocatoria del consejo de familia para decidir la conveniencia o no de seguir con la administración de tales bienes), la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos cuando se disuelve o anula el matrimonio (art. 445 del C.C.).
- El testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero, cuando el heredero es el cónyuge y se declara el divorcio (art. 805 -inc. 2)- del C.C.).



3. PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN LAS MUNICIPALIDADES Y NOTARIAS

El procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías se encuentra regulado en la *Ley Nro. 29227 (del 15-05-2008)*, de igual denominación, y en su Reglamento, esto es, el *Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS (del 12-06-2008)*.

Al respecto, el artículo 1 -inciso 7)- de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (Ley Nro. 26662) establece que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar la separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia (vale decir, conforme a la Ley Nro. 29227 y su Reglamento).

Habrá que estar, pues, a lo normado en los citados dispositivos legales tratándose del referido procedimiento destinado a lograr en vía no contenciosa, mediando el acuerdo de los cónyuges, la separación de cuerpos y el divorcio ulterior.

4. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, ha establecido lo siguiente:

- *“... Tratándose de un proceso de separación convencional, en el que los regímenes relativos a los alimentos y bienes gananciales han sido fijados de motu proprio por ambos cónyuges en los aludidos convenios, resulta inadmisibile que se desconozcan sus términos y alcances, máxime si tales acuerdos no son contrarios a la ley ni a las buenas costumbres...”* (Casación Nro. 2719-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2005, pág. 13758).

- *“... Según lo expresa el artículo trescientos cincuenta del Código Civil con el divorcio cesa la obligación de alimentarse entre cónyuges, por lo que existiendo norma que regula al respecto, corresponde a las partes en los casos de separación convencional expresar en el convenio su intención contraria, esto es pactar que la obligación se extenderá más allá de la disolución del vínculo matrimonial; [...] en el caso de autos las partes al ofrecer su propuesta no establecieron acuerdo en contrario sobre lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenta del Código material [C.C.], existiendo un motivo legal para que se considere una voluntad tácita de limitación de los alimentos...”* (Casación Nro. 3730-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, pág. 7612).



- “... Siguiendo el sentido de la norma bajo análisis (art. 319 del C.C.), su ‘ratio juris’, debe concluirse que en el caso de separación convencional de cuerpos, formulado (sic) por ambos cónyuges, para el efecto de las relaciones entre ellos, la sociedad de gananciales fenece en la fecha de su acuerdo, lo que importa una aplicación por analogía. (...) Confirma este criterio lo dispuesto por el Artículo quinientos setentiséis del Código Adjetivo, que (...) informa el mismo criterio de acuerdo al cual, expedido el auto admisorio, tienen eficacia jurídica los acuerdos del convenio anexo a la demanda, lo que ratifica que la sociedad de gananciales en la relación de los cónyuges, fenece en la fecha en que se suscribe el acuerdo de separación convencional” (Casación Nro. 2754-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-08-1999, págs. 3234-3235).

- “... El precitado artículo (art. 354 del C.C.) establece un derecho (de solicitar la conversión de la separación de cuerpos en divorcio) que debe ser ejercido de forma personal por los cónyuges, no estando facultado el abogado patrocinante para ejercer tal derecho en representación de su patrocinado, a menos que se le hubiera otorgado expresamente dicha facultad conforme al Artículo setenticinco del Código Procesal Civil” (Casación Nro. 957-99 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26-12-1999, pág. 4408).