



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

“Causal de separación convencional y divorcio ulterior sin plazo: Primacía de autonomía de la voluntad de los cónyuges”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogado

AUTOR:

Br. Farias Guinocchio Marco Eugenio

ASESORA:

Mg. Pingo More Ángella Inés

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Civil

PIURA – PERÚ

2015

Página del Jurado

Dedicatoria

A DIOS, A MIS PADRES, A MI PAREJA

LESLY, A MI HIJO Y HERMANOS

Por el apoyo que recibí de ellos, que permitió lograr este primer objetivo académico.

A MIS ADORADOS ABUELOS

Por todo el amor, apoyo y consejos que me ofrecieron cada día. Por aprender de ellos a realizar el bien al prójimo, y valorar lo hermosa que es la vida, si la vives con responsabilidad.

Este logro también es para ustedes.

Agradecimiento

A Dios por los días buenos y malos que han transcurrido para cumplir con mi meta profesional.

A mis asesores, por sus sabios consejos y asesoramientos constantes.

En el desarrollo de esta tesis, a la Universidad César Vallejo por la formación profesional brindada; y, a los muchos amigos que con su apoyo constante, nutrieron de conocimiento al autor de la presente tesis, y todo ello sumado, se logró realizarla.

Mi más sincero agradecimiento.

Declaratoria de Autenticidad

MARCO EUGENIO FARÍAS GUINOCCHIO, identificado, con D.N.I. N° 44754371, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Piura, 09 de Diciembre del 2015



MARCO EUGENIO FARIAS GUINOCCHIO
DNI 44754371

Presentación

Señores miembros del Jurado, presento ante ustedes, la tesis titulada: “Causal de Separación Convencional y Divorcio Ulterior Sin Plazo: Primacía de Autonomía de la Voluntad de los Cónyuges”, tesis que ha sido desarrollada con la finalidad de determinar la conveniencia para que proceda la separación convencional y divorcio ulterior sin que medie plazo alguno bastando solo la manifestación de la voluntad de los cónyuges, para ser necesario, efectuar la modificación legislativa del artículo 333° inc. 13) del Código Civil, que responda a ésta necesidad, la misma que permitirá incorporar en nuestro sistema jurídico peruano una nueva causal amparada en el derecho comparado.

La presente tesis cumple con los requisitos de aprobación, respetando y agradeciendo las correcciones y sugerencias a esta tesis, para su mejoramiento.

El Autor.

ÍNDICE

	Pág.
Página del Jurado	II
Dedicatoria	III
Agradecimiento	IV
Declaratoria de Autenticidad	V
Presentación	VI
Índice	VII
Resumen	VIII
Abstract	IX
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1 Realidad Problemática	1
1.2 Trabajos Previos	2
1.3 Teorías Relacionadas al Tema	3
1.4 Formulación del Problema de Investigación	13
1.5 Justificación de Estudio	13
1.6 Hipótesis	13
1.7 Objetivos	14
II. MÉTODO	14
2.1 Diseño de investigación	14
2.2 Variables, operacionalización	14
2.3 Población y muestra	17
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, Validez y confiabilidad	17
2.5 Métodos de análisis de datos	19
2.6 Aspectos éticos	20
III. RESULTADOS	20
IV. DISCUSIÓN	25
V. CONCLUSIONES	27
VI. RECOMENDACIONES	28
VII. PROPUESTA	28
REFERENCIAS	30
ANEXOS	32

Resumen

La presente tesis se justifica en el derecho que les asiste a los cónyuges de decidir el momento de romper el vínculo matrimonial que los une, sin que existe limitación para ello, mientras ambos tengan la voluntad de iniciar una separación convencional y divorcio ulterior por mutuo consentimiento no tiene que limitarse su autonomía de la voluntad de los cónyuges. El objetivo general fue: Determinar si resulta procedente la modificatoria del artículo 333 inc. 13 relativo a la separación convencional y divorcio ulterior sin que medie plazo alguno bastando solo la manifestación de la voluntad de los cónyuges; así también los objetivos específicos: Analizar el principio de protección de la familia y promoción del matrimonio, el principio de la autonomía privada de la voluntad aplicada al ámbito familiar y la legislación comparada para la aplicación de la separación convencional sin plazo alguno, a fin que pueda ser aplicado en nuestro país. La metodología que se ha utilizado es la que resalta las fuentes instrumentales, habiendo utilizado métodos generales y jurídicos. Para lograr tener el resultado, se ha empleado la aplicación de entrevistas a profesionales en derecho, como es Magistrados especialistas en Familia de la Corte Superior de Justicia de Piura, quienes han mostrado su interés por que no desaparezca el plazo, y en algún de los entrevistados dio la posibilidad que se reduzca el plazo, en lo que si estaban de acuerdo es en mantener la unión familiar. Asimismo, es de indicar que para llegar al resultado se ha tomado en cuenta jurisprudencia extranjera (Colombia), siendo el criterio de dicho colegiado, el hecho que los cónyuges puedan divorciarse a sola solicitud de ambos, con la convicción que es mejor el divorcio a mantener una relación y una familia en desunión, dicha sentencia ha servido de base para mantener la posición que desaparezca el plazo para accionar la separación convencional, en tal sentido es viable la separación convencional y divorcio ulterior con la sola voluntad de los cónyuges, sin límite de plazo alguno para interponer su pedido de divorcio de mutuo acuerdo, bastando para ello la primacía de la voluntad de ambos cónyuges.

Palabras clave: familia, autonomía de la voluntad, fines del matrimonio, divorcio.

Abstract

This thesis is justified by the right of spouses helps spouses to decide when to break the marriage bond that unites them, there is no limitation to this, as both are willing to start a conventional separation and subsequent divorce by mutual consent does not have to limit its autonomy of spouses. The general objective was: To determine whether it is appropriate to the amending of Article 333 inc. 13 on conventional separation and subsequent divorce without there being any term sufficing only the manifestation of the will of the spouses; well as specific objectives: Analyze the principle of protection of the family and promote marriage, the principle of private autonomy applied to the family and comparative legislation to implement conventional separation without any time limit, so that it can be applied in our country. The methodology used is the one that highlights the instrumental sources, having used general and legal methods. To achieve the outcome, we have used the application of interviews with professionals in law, as is Magistrates specialists Family Superior Court of Piura, who have shown interest in not removing the deadline, and some of the respondents gave the possibility that the term is reduced, as if they agreed is to maintain family unity. He is also indicating that to reach the result is taken into account foreign jurisprudence (Colombia), the judgment of the referee, the fact that spouses can divorce a single application for both, with the conviction that it is better to divorce maintain a relationship and a family disunity, that judgment was the basis for maintaining the position disappears within conventional separation to operate in this regard is viable conventional separation and subsequent divorce to the sole discretion of the spouses, unlimited of any time limit for filing its request for divorce by mutual agreement, it being sufficient primacy of the will of both spouses.

Keywords: family, autonomy, late marriage, divorce.

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Realidad Problemática

Cada sujeto conformante de un grupo familiar de manera individual origina una serie de derechos individuales que en palabras de Varsi Rospigliosi (2011) “esos lazos familiares entre los miembros es a fuente para imputar al estado peruano su cumplimiento promoviendo programas de protección y de esta forma proteger a la familia”.

Un vínculo familiar es el que surge del matrimonio, que celebrado “observando las formalidades del acto jurídico origina consecuencias jurídicas, tan igual cuando fenece el vínculo, fenece los efectos derivados” (Bautista, 2008: 161).

Realizado el matrimonio una causa para su fenecimiento es la llamada separación de cuerpos y como ya se dijo suspende los deberes relativos al habitación como al lecho; además de poner fin al régimen patrimonial que se haya acogido. En el plano doctrinal se le conoce “como Separación Personal y que para ser decretada no abarca otra vía sólo la judicial previa argumentación o prueba de hechos culpables de los cónyuges o bastando de uno de ellos”. (Aguilar, 2010: 196)

Hoy en día se presentan muchos conflictos matrimoniales al corto tiempo de haberse celebrado el matrimonio y que mientras no hayan cumplido el plazo legal de estar casado, están obligados a continuar con el vínculo matrimonial, aun existiendo acuerdo entre los consortes para separarse convencionalmente, como es el caso de cómo es el caso de la Sra. Shirley Arica quien contrajo matrimonio en el mes de diciembre del año 2014, sin embargo en abril ya había surgido entre ella y su esposo problemas de pareja y decidieron separarse pero tendrán que esperar dos años para regularizar su situación matrimonial y poder divorciarse de mutuo acuerdo, con lo cual los cónyuges retardarían más la angustia de seguir unidos en matrimonio, pues son conscientes que no existe posibilidad de reconciliación.

Es una realidad que muchas parejas antes de haberse cumplido dos años de casados, rompen sus relaciones conyugales, ya sea por incomprensión o

simplemente porque uno de los cónyuges se ha dado cuenta que no puede continuar unido uno al otro por diversas razones, y no obstante existir acuerdo para separarse convencionalmente y evitar recurrir a las causales que dañarían la probidad de los cónyuges, se ven impedidos por el excesivo plazo que exige la ley para obtener la separación de cuerpos y posterior divorcio, lo cual implica que a pesar que existen odios, rencillas, repudios, la ley obliga a ambos cónyuges a seguir unidos matrimonialmente, no obstante ser irreconciliable la conducta de los cónyuges.

1.2 Trabajos Previos

a) Tesis

Actualmente en el Perú no existe doctrina al respecto, sin embargo, si hay investigaciones realizadas, así se ha encontrado la tesis: “El Divorcio en el Perú y España”, que fuera trabajado y fue presentado en la Pontificia Universidad Católica del Perú por Ángel Calisaya Márquez en el año 2011, el curso de Derecho Comparado de la Maestría de Derecho Civil, en donde se considera si podría existir la posibilidad de alejarse del sistema divorcista, resultaría nefasto para la institución familiar y la sociedad, por lo que se deberá mantenerse el divorcio sin causa, que es similar al divorcio que se regula en España en el que solo se necesita de tres meses de celebrado el matrimonio para que opere el divorcio.

b) Monografía

Así también, se ha encontrado la tesina: “La Separación Convencional y el Divorcio: Conveniencia de un Límite Temporal” realizado por el bachiller Carmen Elisa Velasco Rivera a fin de titularse como abogada por la Universidad Nacional de la ciudad de Piura, en el año 2007, donde se plantea la posibilidad de señalar un límite de tiempo más corto que permita a la pareja rehacer su vida, además se plantea que el plazo sea de seis meses de celebrado el matrimonio.

En la doctrina extranjera, se ha encontrado doctrina y otros estudios diversos que buscan justificar el límite temporal que se ha colocado a la separación convencional como paso previo para el divorcio. Citamos entre los más importantes a Corral Talciani, Hernán en su libro “Familia y derecho”, en donde

realiza estudios sobre la realidad jurídica de la familia. Santiago de Chile, 1994; y Zannoni Eduardo A., en su libro Régimen del matrimonio civil y divorcio. Ley 23.515, Buenos Aires, 1987.

En España el plazo para solicitar separación por mutuo acuerdo y posterior divorcio debiendo transcurrir tres meses desde la celebración de las nupcias, conforme a la Ley 15/2.005, en donde modifica el código civil y la ley para enjuiciamiento civil en lo concerniente a separación y divorcio (Ley 1.981).

En legislación peruana el mutuo consentimiento para la separación de cuerpos con el divorcio ulterior queda recogido en el artículo 333° del Código Civil inciso 13, no cabe su manifestación tácita. Abunda el artículo 334° cuando señala que el consentimiento no es irrevocable, puesto que pueden desistirse durante los treinta días naturales posteriores a la realización de la audiencia única o mediante reconciliación.

c) Jurisprudencia

Conforme lo precisa la sentencia C-985/10 emitida por el Tribunal de Colombia, el imperativo constitucional concerniente a la promoción y protección de la institución familiar no es lo que podría hacer durar más al matrimonio, ya que el objetivo es lograr la armonía y estabilidad del grupo que es la familia, no solo en el tema presupuestal social, apostando por el desarrollo integral del ser humano. Desarrollo en un ambiente óptimo, propicio para el desarrollo de todas las personas que integran la familia, especialmente de los niños, como el futuro de nuestra sociedad.

1.3 Teorías Relacionadas al Tema

1.3.1 Principios Generales Regulares de relaciones familiares

Esta referido a las normas base que orientan las relaciones familiares. Tenemos, los Autónomos; se aplican al instante sin previa legislación que habilite la premisa; los pragmáticos plantean una premisa sin que sea desarrollada; que por lo general es legislativa.

Entre las funciones, amparados constitucionalmente, encontramos a:

- 1) Función legisladora: permiten el desarrollo de las normas de menor nivel, relacionado con la significación que plantean los principios amparados constitucionalmente.
- 2) Función interpretadora: A fin de encontrar la esencia normativa de inferior nivel, que ante defecto o vacío favorece la integración jurídica (Placido, 2002: 22).

a) El principio de protección de la familia

El constituir una familia constituye un derecho fundamental de todo ser humano, que sin importar su origen nupcial o de unión libre, recibe protección estatal, claro está observando la normativa interna (Placido, 2002: 22).

b) El principio de promoción del matrimonio

Encontrándose varón y mujer en edad y condiciones para contraer nupcias, el estado peruano ha previsto la celebración civil de esta como forma obligatoria constituyéndose de esta forma como la primordial fuente originaria de las familias.

Requiriendo para la su celebración el consentimiento libre, pudiendo ser susceptible de algún vicio; se privilegia su conservación mediante la convalidación, aspecto que no afecta la indisolubilidad de este (Placido, 2002: 22)

1.3.2 La Manifestación De Voluntad

1.3.2.1 Definición

Toda voluntad manifiesta que tenga como destino a “originar, variar, liquidar o regular relaciones jurídicas es un acto jurídico. Afirmación clásica que no debe llevarnos por el camino de aseverar, que toda declaración o manifestación de voluntad conducente a producir efectos queridos y es ejecutada con el fin de obtener es un acto jurídico”. (Taboada, 2001: 11)

1.3.2.2 Formas de Manifestación: Manifestación expresa

La manifestación de voluntad es la expresión cognoscible conducente a la celebración de un acto jurídico. “Puede ser expresa o tácita (art. 141), por acuerdo entre los intervinientes, o mediante la legalidad puede

colegirse del silencio” (art. 142). La expresa, alude a “la directa, o también inmediata busca conocer el elemento interno conformada por el deseo negocial sin interesarse por el medio por el que se exterioriza”. (Torres, 2012: 155 - 156).

1.3.3 Autonomía de la Voluntad Privada

1.3.3.1 Definición

Las partes son libres para celebrar un acto jurídico según sea el caso; “la libertad de elegir a la personas sea jurídica o natural para su celebración además del contenido contractual, pero delimitado por el sistema jurídico vigente”. (Torres, 2012: 139)

1.3.3.2 La Autonomía de la voluntad privada: Principio dinámico

Dado que “se renueva la extensión de su contenido, donde influyen aspecto como cultura, régimen político, economía en incluso la filosofía, más *per se* mantiene su esencia transversalmente a través de la historia en el grupo social”. (Torres, 2012: 143).

1.3.3.3 Autonomía de la voluntad privada en el derecho peruano

En derecho peruano reconoce como principio a la autonomía de la voluntad privada. Así lo encontramos en el Código civil de 1852 en los arts. III y VII del TP, cuando precisa que el ciudadano puede ejercer cualquier acción, mientras no prohíba legalmente, incluso queda desterrado cualquier acuerdo en contrario, más prevalecería la autonomía de la voluntad para renunciar a ciertos derechos pero teniendo como limite el orden público y las buenas costumbre.

Por su parte el Código de 1936 y el de 1984 artículo 1328° inciden en la obligatoriedad de los contratos y su cumplimiento según lo establecido en sus cláusulas,

1.3.4 Vinculo Jurídico Familiar.

1.3.4.1 Definición

Hace referencia a la relación familiar y sus consecuencias, es decir, que los seres humanos al relacionarnos mediante la filiación, la unión de hecho o por las nupcias, origina derechos subjetivos intra y extra familia. Contenido indisponible a la autonomía privada, de sus intervinientes al ser su establecimiento legal (Placido, 2001: 28).

1.3.4.2 Características

Esta referido a la concurrencia de particularidades a las relaciones intrafamiliares, tenemos: a) Es directo el vínculo familiar, al relacionar dos personas; decimos esposa y esposo, soy progenitor de un hijo, es de notar que de existir más hijos, existirán tantas relaciones paternas y responsabilidades como hijos. Propicia el surgimiento de derechos intrafamiliares. b) tiene como contenido los derechos y deberes subjetivos familiares. c) se originan con la filiación, el parentesco, el matrimonio y la unión estable. d) "Entre los vínculos inicia por el biológico, en su defecto el legal que se ve reflejado en tutela, hijo alimentista, esponsales y adopción". (Varsi, 2011: 148).

1.3.4.3 Tipos

- a) El matrimonial: cuando entre las personas intervinientes existe el acto jurídico, pero el matrimonial. Requiriendo cumplir con las formalidades legales y la aptitud nupcial.
- b) El Vínculo jurídico por convivencia: Particularidad equiparable a la relación nupcial entre las personas de unión libre sin impedimentos pero que gozan del reconocimiento social y con ello la protección estatal.
- c) Parental: Invoca al parentesco como vínculo, sea sanguíneo o de afinidad, entre los miembros de mismo grupo familiar. Dependiendo del tipo de parentesco corresponderán los efectos jurídicos, es decir, atribuyendo deberes, adjudicando derechos y puntualizando determinadas restricciones. Donde el "vínculo por consanguinidad crea efectos fortalecidos si los comparamos con que el parentesco por afinidad". (Varsi, 2011: 150)

1.3.4.4 Derechos y Deberes Familiares

En contraposición a todo derecho se ubica la obligación, pero cabe la excepción en las “relaciones familiares al configurar deberes sin necesariamente exista un mandato legal que lo suscite. Aspecto que lleva a colegir la preeminencia del deber jurídico frente a cualquier derecho subjetivo”. (Varsi, 2011: 146)

1.3.5 La Familia

1.3.5.1 Definición

Como Institución social natural y permanente, que en su concepción moderna se “prescribe la unión intersexual, la prole y el parentesco” como lo afirma Bautista Toma (2008).

Ese conjunto de personas, se encuentran unidas por vínculos jurídicos o sanguíneos, que provienen de las relaciones intersexuales, también de filiación, y que están sujetas a conductas de convivencia, y que éstas sean en un mismo domicilio. (Mallqui, 2001: 23)

La familia es entendida como seres humanos intersexuales relacionadas “entre sí por lazos matrimoniales o de parentesco, ya sea éste de consanguinidad o de afinidad”; pero también hace referencia a personas que conviven debajo del mismo techo que el padre de familia. (Barros, 1931: 05)

El Código Civil peruano existe en ausencia de una definición inequívoca y expresa de la familia, sin embargo bajo una interpretación en el marco normativo podemos colegir que la opinión de Barros es más utilizada. Pero de modo natural esta definición es muy apresurada dado que estamos ante “institución social y jurídica que congrega a las personas a quienes el propio Derecho reconoce relación entre sí”. (De Trázegnies, 1990: 27).

1.3.5.2 Características

Hemos indicado que la “familia es una institución natural, social y jurídica”, entonces también habrá variedad en sus características sujetas a los contextos y singularidades de cada una. En opinión de Varsi (2011:48) serán la comunidad natural, Universalidad, influencia formativa, importancia social, plataforma afectiva, y relación jurídica.

Mientras que para Momethiano (2001:28) serán: Carácter necesario o sociológico, Carácter ético, Carácter económico, Carácter religioso, Carácter histórico, Carácter político, Carácter jurídico, y Carácter biológico o natural.

1.3.5.3 Naturaleza Jurídica

Desde la perspectiva sociológica, el linaje compone sociedad básica a través aspectos fijados por entroncamientos de signos intersexuales, de prole y de vinculación. Algunos autores consideran que la familia es una persona jurídica y otros que se trata más bien de un organismo jurídico. Son posturas con resultados adversos, dado que pretender otorgarle personería jurídica porque no hay norma de la que pueda derivarse que la familia como tal sea titular de derechos y deberes. Encasillarla como organismo jurídico, alude a la relación de poder, de interdependencia entre alguien que manda y otro que obedece. No cabría sostener esta postura por tratarse de institución natural.

Entonces, Mallqui (2001: 34) señala que se trata de institución jurídica – social, por referirse a relaciones familiares las que se formalizan como actos jurídicos familiares, pero además sostiene que es una institución básica de toda sociedad.

1.3.5.4 Concepto jurídico de familia en el Código Civil de 1984

Postura adoptada en el Código Civil vigente, no se aparta de la perspectiva constitucional de 1979, que recogía principios como: de socorro a la madre, al adolescente, al niño, y al anciano por carencias morales, económicas, o corporales, de protección del matrimonio y de la familia, de igualdad de derechos en los hijos, así como del resguardo patrimonial de *more uxorio*.

En ese contexto, normativamente la familia se refiere a la comunidad de personas intersexuales vinculadas por las nupcias, pero adiciona los “principios del apoyo y colaboración recíproca y al desarrollo personal y económico del grupo, sin embargo Constitución de 1993 se aparta de la postura constitucional de 1979 pues señala que se requerirá de la procreación humana”. (Plácido, 2005: 267)

1.3.5.5 Concepto de familia en la organización jurídica

Plácido (2005:280) la define como comunidad de personas reunida por nupcias o por convivencia *more uxorio* siempre entre varón y mujer, adiciona que pueden reunirse en torno a la filiación o al parentesco en aras de “prodigarse apoyo y colaboración recíproca y al desarrollo personal y económico del grupo”.

1.3.6 El Matrimonio

1.3.6.1 Definición

Referirse al matrimonio, es aludir a la comunidad intersexual, pero comunidad de vida dado que se unen para perpetuar su especie, a “fin de prodigarse el socorro y apoyo mutuo”. (Yungano, 2000: 21)

1.3.6.2 Fines

Resumiendo de hasta aquí dicho, de forma general los fines invocan a la mutua compañía y asistencia, la satisfacción del amor, la prole y la enseñanza a los descendientes. Borda (1993:44) refiere que en el mismo sentido el derecho canónico en Genesis, II, 18) cita como primerísimo fin “a la propagación y la enseñanza de los hijos”, como secundarios a la ayuda mutua: y finalmente el ser corrección a la concupiscencia.

1.3.6.3 Naturaleza Jurídica

Para Cornejo Chávez (1992:56) asumir que el matrimonio es un contrato, lo asemeja a un contrato debiendo concurrir los requisitos para que este sea considerado un acto jurídico válido y eficaz, carente de vicios.

Pero si se adopta la postura que el matrimonio es una institución, su celebración acarrearía las consecuencias esperadas recayendo directamente en los contrayentes al haber expresado de forma libre y voluntaria su consentimiento.

1.3.7 El Divorcio

1.3.7.1 Definición

Al tratarse de un acto jurídico donde la manifestación de voluntad a primado para su celebración, de la misma forma debería verificarse el fenecimiento del matrimonio. (Plácido, 2002: 180)

1.3.7.2 Causales

Las causales inculporias tienen como requisitos comunes la gravedad, la imputabilidad, y la invocabilidad. Estas causales se regulan de inc. 1 al 11 mientras que las no inculporias en inc. 12 y 13 del art. 333° del Código Civil. Que cita al alejamiento del lecho conyugal por el periodo de dos años ininterrumpido ante la ausencia de hijos, pero de cuatro ante su presencia. Entre las causales inculporias más invocadas tenemos la dejación sin causa de la vivienda nupcial, el adulterio y la imposibilidad de hacer vida frecuentemente; entre otros.

1.3.7.3 Decaimiento y Disolución del Relación Marital

Inicialmente denominado "divorcio" a la separación de cuerpos, pero con subsistencia de vínculo matrimonial, así se regulo en Código de 1852. Ello con la finalidad de proteger a la familia.

Ya en el Código de 1936 encontramos regulado el divorcio absoluto y el relativo. A partir de los años cincuenta se acuña en el ámbito doctrinario la distinción entre la institución "de separación de cuerpos y el divorcio". Hoy en día el Código Civil vigente desiste en abordar aspectos teóricos de la naturaleza del divorcio, para definirlo y aplicarlo de manera práctica. (Varsi, 2004: 12)

1.3.7.4 La Separación Convencional y Divorcio Ulterior

El inciso 13 del artículo 333º señala esta figura, la que a su vez, es el eje central de la investigación que presentamos; por lo que se hace necesario profundizar sobre su significado y alcances. La separación convencional se da cuando los cónyuges se ponen de acuerdo y solicitan “la separación de cuerpos o con divorcio ulterior” para después de que transcurran dos años desde la fecha de celebrado el acto matrimonial. Se le denomina causal genérica indeterminada porque encierra motivos que los cónyuges no requieren especificar. (Plácido, 2007: 367)

1.3.8 Tratados Internacionales

“La Declaración Universal de Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948”, formulada en París en el artículo 16, proclama la importancia de la familia como componente natural y básico para toda sociedad, invocando su protección estatal; y en su artículo 25 inc. 1 reitera que se trata de derecho fundamental la formación de una familia.

Mientras que en “la Convención Americana sobre Derechos Humanos” para asegurar vigencia de estos; el artículo 1º precisa los protocolos para amparar un matrimonio legal, requiriéndose la manifestación de la voluntad, es decir, libre consentimiento aunado a los formalismos legales como la publicidad, y la participación de autoridad competente. (Mendez,2004: 14)

El “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, reitera lo afirmado precedentemente, puesto que el art. 23 prescribe: la familia es el componente primordial y natural toda colectividad, demandando de esta y del estado su inmediata protección. Así como reconocer el derecho a la persona en edad núbil a contraer matrimonio con ello formar familia, resaltando el compromiso gubernamental para su celebración e incluso su disolución primando la protección hacia los hijos.

1.3.9 Principio de libertad nupcial y principio de libertad de ruptura

Es de precisar que frente al hecho de la decisión de casarse no existe discusión, pues los prometidos tienen la libertad para la celebración del matrimonio, así como también para no celebrar el mismo, fundados en el principio de libertad nupcial. Que para algunos es un argumento de orden

público, como lo hace la doctrina española, cuando afirma que inclusive existiendo promesa de matrimonio no vincula a las partes obliga a las partes a contraerlo. Como se aprecia es determinante la voluntad de los contrayentes o novios, a lo que se denomina la libertad nupcial.

Principio de libertad nupcial que de igual forma es acogido en otros sistemas jurídicos como en el ordenamiento civil italiano (art. 79), alemán (&1297), y chileno (arts. 98 y 99); no obstante, fue en el ordenamiento francés donde tuvo su mayor repercusión, al motivar la omisión de toda regulación sobre la promesa de matrimonio en el *Code*, como forma de demostrar el rechazo de la nueva legislación surgida de la Revolución al “*Ancien droit*”, incompatible al contrato de “*fiancailles*” con el principio de libertad.

La expresión latina del *ius Connubii*, alude a las personas que contraen nupcias matrimoniales válidas. Actualmente es considerado como un derecho universal, dependiente del requisito de la edad.

Dicho esto, el principio de libertad de ruptura, se origina en el código español, arts. 10.1 y 32 al afirmar que el quebrantamiento de la situación *more uxorio* es la expresión fidedigna de la libertad como en su comienzo, resaltando el libre crecimiento de personalidad, en su fase de independencia en decisión entre las nupcias y la soltería. Entonces la “autonomía de la voluntad”, entendida como la emancipación nupcial, transita en el ámbito de la elección a contraer nupcias como en disolver inclusive sin expresión de causa. Consecuentemente, el decaimiento del vínculo matrimonial puede darse en cualquier época, y por cualquier causa, no es un comportamiento culpable o doloso. Si bien, la unión de hecho requiere de una convivencia estable, con voluntad de permanencia, la libertad de ruptura la convierte en una situación inestable, pero que es asumida voluntariamente por sus miembros como el “riesgo del concubinato”. Se concluye que tanto la libertad nupcial como la libertad de ruptura de la unión matrimonial se sustentan en el propio desarrollo de la personalidad de los contrayentes.

1.3.10 La analogía en el derecho

Mediante el Título Preliminar en art. IV se proscribió prohibición de aplicar análogamente la ley que restringe derechos o establece excepciones.

Debiendo entenderse la acepción de ley con sentido normativa jurídica originaria del legislativo.

La analogía, en definición consiste en aplicar lo resultante de una norma jurídica, a un hecho diferente de aquel que es considerado en el supuesto de la referida norma, y que semejante es en sustancia.

1.4 Formulación del Problema de Investigación

Existiendo el plazo de dos años regulado en el inciso 13 del artículo 333º del Código Civil como causal para invocar separación convencional y divorcio ulterior ¿Procede modificar el inciso señalado a fin de que no medie plazo a fin que prime la autonomía de la voluntad de los cónyuges?

1.5 Justificación de Estudio

Se justifica por el aportar al campo legal, permitirá que se hagan investigaciones respecto al tema, al no existir estudio, y sobretodo porque permitirá evaluar la posibilidad de la intervención del Estado en el ámbito familiar a través de la modificación de una norma de cumplimiento obligatorio, como es el plazo de dos años de haberse realizado el acto matrimonial para poder solicitar la separación convencional, en ese sentido urge la modificatoria de dicho artículo en cuanto al plazo y de esta manera se busca modificar para que proceda la separación convencional solo con la solicitud que hagan los cónyuges sin mediar plazo para la interposición de la misma, basta el consentimiento de los cónyuges quienes voluntariamente acuden a la autoridad para solucionar su situación matrimonial y logren la disolución del vínculo matrimonial sin mediar plazo alguno para lograrlo.

Es preciso indicar que en el Código Civil Griego, modificado por la reforma de 1983, dispone que el divorcio puede ser declarado si por un motivo referente a la persona del demandado o a la de ambos cónyuges a la vez, la relación conyugal se encuentra en un punto tal que el mantenimiento de la vida conyugal deviene intolerable para el demandante. No se exige plazo de vida separado, es decir procede disolución por anuencia de los consortes.

1.6 Hipótesis

El poder de autodeterminarnos y con ello adoptar decisiones libremente,

recogido en la autonomía de la voluntad, son los fundamentos por lo que resulta viable la modificatoria de inciso 13 del artículo 333° del Código sustantivo, a fin de que no medie plazo para invocar la separación convencional y divorcio ulterior, porque los consortes que no quieren seguir unidos en matrimonio, podrían realizarlo a sola solicitud conjunta.

1.7 Objetivos

1.7.1 Objetivo General

Determinar si resulta modificar el inciso 13 del artículo 333° del Código Civil a fin proceda la separación convencional y divorcio ulterior sin que medie plazo alguno a fin de que prime anuencia conyugal.

1.7.2 Objetivos Específicos

- a) Analizar la promoción del matrimonio así como de la familia.
- b) Analizar legislación comparada para la aplicación de la separación convencional sin plazo alguno, a fin que pueda ser aplicado en nuestro país.
- c) Analizar el principio de la autonomía privada de la voluntad aplicada al ámbito familiar.

II. MÉTODO

2.1 Diseño de Investigación

Se basa en la teoría Fundamentada, “que manera científica analizara la información obtenida, que expresará de manera fidedigna la realidad objeto de estudio. Es de notar esta teoría permite la disgregación entre la proposición formal y la suposición sustantiva, incidiendo en esta última”. (Strauss & Corbin, 2002: 14)

2.2 Variables, Operacionalización

CATEGORÍA	SUBCATEGORÍA	DEFINICIÓN OPERACIONAL
-----------	--------------	------------------------

A) principios del derecho de familia	A1 principios constitucionales	Son el grupo de normas están orientadas a la constitución del cimiento del sistema jurídico de la familia. En nuestro sistema jurídico peruano encontramos dos principios constitucionales básicos, como “es el de protección a la familia, y el de promoción del matrimonio”
	A2 Tratados internacionales	Convenio expreso surgido entre titulares de Derecho internacional, protegido por este.
B) Manifestación de Voluntad	B1 Definición	Es exhibición del elemento interno que es lo querido para los intervinientes con ello se convierten en elementos neurálgico de acto jurídico.
	B2 Formas	Puede ser expresa o tácita a veces se deriva del silencio legal o convencional entre los celebrantes.
C) autonomía la voluntad privada	C1 Definición	Capacidad de autorregularse según sus intereses en el ámbito social.

	C2 Límites	Requiere su acción observando los parámetros legales, Constitucionales y las consuetudinarias.
D) El vínculo jurídico familiar	D1 Definición	Lazo jurídico de la familia, es la relación existente entre dos personas, que se derivan del acto matrimonial, de la filiación, de la unión de hecho o del parentesco que exista. Determina en cierta forma la existencia, de interdependiente y recíproca, de derechos subjetivos familiares
	D2 La Familia	Sujetos de derecho emparentadas una con otra y que éstas viven en el mismo lugar. Entendida así en aspecto jurídicos que en el aspecto social denota el convivir en comunidad.
	D3 El Matrimonio	El matrimonio puede ser definido como la alianza legal de una mujer y un hombre en búsqueda de estabilidad con basamento en amor, cooperación y acatamiento recíprocos.
	E1 Por Causal	Se puede solicitar el divorcio. Se denominan causas culpatorias por tratarse de divorcio sanción.
		La separación convencional se da cuando los cónyuges

E) El Divorcio	E2 Separación Convencional	se ponen de acuerdo y solicitan la separación de cuerpos o con divorcio ulterior después de haber, previos dos años de haberse realizado las nupcias. Es permitido de forma genérica no precisar motivación de la ruptura.
	E3 Separación Convencional Vía Notarial Y Municipal	La Ley 29227 establece el procedimiento para iniciar divorcio ulterior y proceso de separación convencional a través de notarías y municipalidades.

2.3 Población y muestra

La muestra fueron tres profesionales especialista en el tema materia, como es Jueces de Familia, siendo un total de tres los entrevistados: Juez del Primer Juzgado de Familia de Piura – Dr. Ernesto Rebaza Iparraguirre, Juez del Segundo Juzgado de Familia – Dr. Christian Landívar, y Juez del Juzgado Transitorio Mixto de Castilla – Dra. Ruth Ruiz Oliva.

2.4 Técnicas e Instrumentos de Recolección de datos, validez y confiabilidad

Según lo sostenido por Francisco Cisterna Cabrera (2005:66-71), donde para la investigación se utilizaron las técnicas de:

- a. La Observación: Permitió conocer la realidad social, teniendo como instrumento al registro anecdótico.
- b. La entrevista no estructura: Es coloquio entre una persona y un investigador que contesta a interrogantes instruidas que inquisitivamente concurren a los propósitos que motivan el estudio. Se puede navegar entre el cuestionamiento generalizado hasta el diálogo independiente, en uno y otro caso se invoca a una orientación que sería esquema o formulario de cuestiones que han de dirigir la disertación.

Este tipo de entrevista es más abierta y flexible, es decir, los cuestionamientos se basan la persona que entrevistará. Si bien la persona que investiga, sobre el fundamento de la situación que es problema, las categorías y objetivos, son elaborados en dirección a los cuestionamientos previos a realizarse notable conversación, pudiendo alterar el orden, o formularlas para que éstas se adapten a las diferentes características particulares y circunstancias de los sujetos materia del presente estudio.

- c. Técnica de Fichado: Técnica utilizada de manera auxiliar, consiste básicamente realizar el registro de datos que se obtienen en los mecanismos instrumentales llamados fichas, y que responsablemente ordenadas y fabricadas contienen la mayoría de la averiguación realizada.
- d. Revisión documentaria: Utilizando las base teoría y con ella las fuentes primarias y secundarias para obtener, examinar y extraer formación.
- e. Técnica Jurisprudencial: Ésta técnica tiene como objetivo permitir una mejor visión global significado y alcance de las jurisprudencias en sentido extenso, para crear instrumento valioso para el jurista.

Mecanismos a utilizar:

- a. Las Fichas: Para revisión documental y de bibliografía. Es un dispositivo de forma de rectángulo, que generalmente es de material de cartón, que recoge información recaudada de las ideas, resúmenes y preceptos a ser recabados y posteriormente analizados, proyectados en el informe.

Tenemos:

- a.1. Fichas bibliográficas: Para organizar toda información consultada en nuestra investigación para posteriormente elaborar la bibliografía final.
- a.2. Fichas Textuales: Permiten Transcriben literalmente un párrafo que será consignado entre comillas. Usando puntos suspensivos entre corchetes cuando no hay continuidad entre los párrafos.
- b. Entrevista No estructura: Se comentan hasta tres tipos de: Entrevista a profundidad, focalizada y enfocada.

- c. Revisión documentaria y la técnica jurisprudencial: Por medio elaborado particularmente para la investigación realizada, en la que consta de un cuadro donde se podrá consignar según las columnas, fundamentos de hecho y de derecho, obtenidos del documentos analizado sea texto, libro, jurisprudencia etc., para finalizar con conclusiones como opinión final de investigado

2.5 Métodos de análisis de datos

a) Método Exegético:

Para conocer el código sustantivo, por las mismas proposiciones empleadas en la investigación.

Este método parte de la seguridad del ordenamiento carente de lagunas además de ser cerrado. Es pues, la exegesis no modifica cronología o leyes, más bien los respeta concienzudamente, al rendir sumisión ante el texto escrito fidedigno reflejo del carácter del legislador.

b) Método Dogmático:

Estudia la doctrina para efectuar inducción, analogía, comparaciones etc; es decir, realizar constructos ordenadas y plantear su uso. Debiendo recurrir al ámbito nacional como al comparado y ocasionalmente la jurisprudencia. En la investigación se aplica para comprender el sentido de las normas jurídicas y con ello las instituciones que regulan.

c) Método Sistémico:

Conjunción razonable de diversos componentes esparcidos en una nueva integridad, presentase en la elaboración de las conjeturas. La persona que investiga simplifica los avances en la creatividad para fijar una aclaración tentativa que supeditará a prueba. Este método devela patrones, que permitirán obtener un mejor entendimiento sistémico de cada situación presentada.

Método que ayudara a analizar el *quid* de norma, enlazándola con nociones y principios, conectándolo con marco legal, conllevara a obtener una respuesta coherente.

2.6 Aspectos Éticos

En la tesis “Causal de Separación Convencional y Divorcio Ulterior Sin Plazo: Primacía de Autonomía de la Voluntad de los Cónyuges”, arribo a efectos ciertos que conllevan a la resolución del problema de tesis; además se tiene en cuenta el respeto entre los integrantes de una familia, el derecho a que convivan en un ambiente adecuado para el desarrollo personal de cada uno, el derecho a desenvolverse libremente, entre otros.

III. RESULTADOS

La investigación fue titulada “Causal de Separación Convencional y Divorcio Ulterior Sin Plazo: Primacía de Autonomía de la Voluntad de los Cónyuges”, concluyendo en su hipótesis que el poder de auto determinarnos y adoptar decisiones libremente, pertenece al ámbito estrictamente de la autonomía de la voluntad de la que gozamos, en razón de ello es viable la modificatoria del inciso 13 del artículo 333° del Código Civil, a fin de no medie plazo para invocar la separación convencional y divorcio ulterior. Para entre doctrinarios tenemos a Varsi Rospigliosillo quien afirma que el matrimonio surge por propia voluntad de quienes lo contraen, entonces así también se deberá tomar en cuenta la voluntad y consentimiento de los cónyuges respecto a decaimiento del vínculo matrimonial. Asimismo, se ha revisado bibliografía extranjera, la misma que ha ayudado en el desarrollo de la investigación.

Se revisó jurisprudencia extranjera, como la Colombiana C-985/10 emitida por el Tribunal de Colombia, mediante la cual se determina que la soberanía conyugal será primordial al momento de decidir romper con su vínculo matrimonial, puesto que hacen una acérrima defensa a la promoción y protección de la institución de la familia pero vista desde el ángulo de convivencia pacífica mas no en la duración del matrimonio, es decir, que para dicho magistrado lo esencial en el matrimonio es obtener la armonía y estabilidad del conjunto de la familia, a fin de lograr la realización humana, el progreso de cada miembro familiar, en el que se sientan felices sin presiones ni frustraciones, en un ambiente familiar agradable para todos.

Finalmente se realizaron entrevistas a especialistas en el tema, siendo tres los Magistrados del Distrito Judicial de Piura, a quienes se les aplicó entrevistas resultó accesible ya que daban las facilidades, y se daban espacio en sus actividades jurisdiccionales para responder a las preguntas formuladas. En el caso de otro magistrado, hubo dificultad debido que la Magistrada no disponía de tiempo, por la excesiva carga laboral que tiene el Juzgado Mixto de Castilla, razón por la cual no se consiguió el objetivo de entrevistar a la Magistrada, siendo comprensible su situación y a fin de no causar incomodidad se desistió de dicha entrevista, a pesar de la insistencia y perseverancia que se tuvo.

3.1 Descripción de Resultados

Para la investigación se tuvo a bien considerar este Objetivo General:

“Determinar si resulta modificar el inciso 13 del artículo 333° del Código sustantivo a fin que proceda la separación convencional y divorcio ulterior sin que medie plazo alguno a fin de que prime la manifestación de la voluntad de los cónyuges”.

Actualmente nuestro país para lograr el fenecimiento marital, se puede realizar vía judicial por la acción de divorcio por causal y por medio del proceso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior (llamado divorcio por Acuerdo Mutuo), siendo que el mismo arquetipo de divorcio se puede dar por vía notarial.

Es así que tenemos al divorcio sanción, encuentra justificación en uno o más quebrantamientos reiterados o graves de los deberes de los cónyuges, que son atribuibles para ambos cónyuges, que traducido, es el fracaso de la finalidad del matrimonio, en virtud del cual el otro cónyuge cuenta con el legítimo interés para interponer demanda.

El Código Civil Peruano incorpora la tesis divorcista, y en ella elige por un sistema mixto, además del divorcio remedio y el divorcio sanción. Este hecho se evidencia con la separación convencional y separación de hecho como causales no inculpatorias.

Según Gómez de Liano Gonzales, para el caso el supuesto bajo análisis, "...se trata de procedimiento peculiar que facilitara la separación convencional, no requiriendo invocar causal alguna.

Así también en la doctrina extranjera, buscan justificar el límite temporal que se ha colocado a la separación convencional como paso previo para el divorcio. Citamos entre los más importantes a Corral Talciani, Hernán y Zannoni Eduardo A.

El proceso de mutuo acuerdo se tramitara en vía judicial como notarial, el mismo que establece que para que proceda este tipo de divorcio, es requisito que haya transcurrido 02 años desde la celebración del matrimonio, caso contrario dicho trámite sería infructuoso y la demanda infundada. En este caso al momento de efectuar las entrevistas a los Funcionarios (Jueces Especializados en Familia), estos expresaron que está bien que se dé un plazo, no estando de acuerdo que se elimine el plazo que se encuentra normado, solo un Juez opinó que se reduzca el plazo pero no que no deje sin él.

A nivel jurisprudencial se analizó la jurisprudencia extranjera (sentencia Colombiana C-985/10 emitida por el Tribunal de Colombia) la misma que establece que para el caso del divorcio de acuerdo mutuo, este sea realizado sin que medie plazo alguno, pues solo toman en cuenta la decisión conyugal, quienes deciden libremente sobre su situación conyugal, sin que existe causa alguna para solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Además, a nivel jurisprudencial nacional no se tiene aún hasta la actualidad ninguna sentencia ni muchos menos plenos jurisdiccionales respecto al tema materia de investigación, razón por la cual se ha tenido como base la jurisprudencia extranjera.

Tenemos también como Objetivos Específicos los siguientes:

- El primer objetivo específico fue *"Analizar los principios de matrimonio como de la protección de la familia"*

En el plano constitucional queda establecido la protección y promoción a la familia y al matrimonio respectivamente, incidiendo en su naturaleza fundamental de la sociedad como normativamente el artículo 17º, inc. 1, del

Pacto de San José de Costa Rica sobre derechos humanos, aprobado por la ley 23.054, es decir estamos ante una protección supranacional donde lo fundamental es la familia entendida esta como la base de toda sociedad. Además, es de precisar que nuestro país es parte activa de distintos Tratados Internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y La Carta de los Derechos de la Familia, entre otros más tratados, que protegen y fundamentan la familia y el matrimonio.

Para Alex Fernando Placido Vilcachagua, refiere que los dogmas en la Constitución que regulan la familia, son el conglomerado normativo orientado a constituir el fundamento del régimen familiar. Éstos son de dos tipos: a) Autónomos, que es cuando no se requiere de alguna ley en donde se desarrolle el axioma propuesto, son aplicables de manera inmediata; y, b) Programáticos, que es cuando enuncian el axioma sin ser desarrollado, y que generalmente se desarrolla cuando se remite a una Ley.

Así también, define que las funciones son dos: a). Función Interpretadora, que permite localizar el verdadero entendimiento de la normativa de menor nivel y componer el sistema jurídico en los casos desperfecto de la Ley.; y, b) Función Legislativa, que admiten desplegar las normativas de menor nivel dentro de los alcances que plantea cada principio constitucional.

Resultando derecho fundamental la conformación de familia, desempeñará conforme a legislación interna, se reafirma el dogma de protección para la familia; en la misma línea el fomento del matrimonio, promueve la celebración nupcial cumpliendo los formalismo civiles, y de observarse algún vicio se privilegiara su conservación. La mujer y el hombre tienen derecho a formalizar nupcias en cierta edad y si cumplen con los requisitos para ello, no pudiéndose celebrar sin el pleno y libre asentimiento; tal como lo afirma Placido Vilcachagua.

El fomento del matrimonio y protección de familia, no solo es protegido en pactos y tratados internacionales, sino que a nivel jurisprudencial existe abundante material, sin embargo, la jurisprudencia extranjera (sentencia Colombiana C-985/10 emitida por el Tribunal de Colombia) que ha sido nuestra

base principal, establece que si bien es cierto reafirma estos dogmas, pero en un nivel en el que en el seno familiar creado a través del matrimonio, sus miembros se desenvuelvan sin ningún tipo de límites ni frustraciones donde se privilegie el libre desarrollo, constituyendo criterios idóneos, para no continuar con vínculo en a pesar de negación de los intervinientes, por lo que resulta imposible imponer para que lo contraigan, sumado a ello que la norma constitucional invoca la unión familiar, aunque ella se encuentre resquebrajada por la existencia de conflicto de los cónyuges que necesariamente conllevara a que los demás integrantes se sientan afectados.

- Dos objetivos específicos que se relacionan entre sí, fueron: *“Analizar legislación comparada para la aplicación de la separación convencional sin plazo alguno, a fin que pueda ser aplicado en nuestro país”*; y *“Analizar el principio de la autonomía privada de la voluntad aplicada al ámbito familiar”*. Normativa y jurisprudencialmente no existen antecedentes que se puedan aplicar la institución bajo análisis sin que medie plazo alguno, puesto que la regulación normativa establece que debe transcurrir 02 años desde celebrado el matrimonio para invocarla, por lo que, aun no tenemos sentados precedentes vinculantes al respecto.

Sin embargo, en la sentencia Colombiana C-985/10 emitida por el Tribunal de Colombia, ya se establece que no debe existir plazo alguno para invocar el divorcio de mutuo acuerdo, bastando solo la voluntad de los cónyuges para solicitarlo, es decir, esta sentencia determina que la autonomía de la voluntad de los esposos es la base para hacer su requerimiento de disolver su vínculo jurídico matrimonial. Asimismo, también se ha tomado legislación extranjera como la española en la que se establece un plazo prudencial para invocar el divorcio de mutuo acuerdo, como es el plazo de 03 meses, habiendo sido estos los fundamentos para la investigación.

Por otro lado, es de mencionar la autonomía privada de la voluntad, pues tal como lo establece el autor Torres Vásquez, los seres humanos poseemos esta de forma natural que está presente en la celebración de actos con efectos queridos, sea de contenido, de regulación o modificarlos o extinguirlos.

Además se entiende dogma regulado en el sistema peruano, en el código de 1852 dado que los ciudadanos podemos ejercer cualquier acción mientras no exista ley que señale lo contrario; ya para el código de 1936 se reitera el cumplimiento de los contratos según lo pactado, como es recogido en el art. 1328 del CC.

Así tenemos que la Constitución Política de 1979, acoge el dogma de la autodeterminación; según el cual nadie está constreñido a realizar lo que no está constituido por mandato legal; mientras que la Constitución de 1993 reafirma este principio, pero expande la manifestación de la voluntad a reunirse libremente en la conformación de empresas, y a trabajar libremente, y en el plano contractual es de obligatorio cumplimiento no existiendo mandato legal que o modifique (arts. 1354 y 1361 CC).

Llevando a nulificar el contrato cuando su objeto atente lo tradicional y al sistema jurídico, según lo regula norma civil.

Esta autonomía privada de la voluntad es la que ha sido recogida e interpretada en la sentencia Colombiana para sustentar la posición que ambos cónyuges pueden solicitar el divorcio por mutuo acuerdo sin que existe plazo para hacerlo, solo con la voluntad de querer hacerlo.

IV. DISCUSIÓN

Nuestra investigación se tituló “Causal de Separación Convencional y Divorcio Ulterior Sin Plazo: Primacía de Autonomía de la Voluntad de los Cónyuges”, siendo la formulación al problema el hecho que existiendo el plazo de dos años regulado en el campo civil, entonces ¿Procede modificar el inciso señalado a fin que no medie plazo?; por lo que, se llegó a la hipótesis que el poder de autodeterminarnos y tomar decisiones libremente, es por la autonomía de la voluntad que tenemos, que reconoce realizar actos libremente, siendo nuestro limite el ordenamiento jurídico, en razón de ello es viable la modificatoria del inciso 13 del artículo 333º del Código Civil, a fin que no medie plazo para invocar este tipo de proceso.

Hemos llegado a la hipótesis en mención por cuanto entrevistando al Dr. Ernesto Rebaza Iparraguirre (véase anexo 1) a la pregunta numero 2 ¿Considera usted adecuado el plazo de dos años para que opere el proceso de separación convencional y divorcio ulterior basado esto en el principio de promoción del matrimonio, y que no permite que los cónyuges decidan por propia voluntad de ambos divorciarse?, el Magistrado respondió que : debe reducirse el plazo a 1 año para que los cónyuges evalúen y decidan si desean o no continuar su relaciona matrimonial; siendo que ante esta respuesta afianzamos la posición que se debe eliminar el plazo de dos años para invocar supuesto analizado, puesto que dicha respuesta hay la posibilidad que no exista plazo alguno, aunque esta vaya dándose gradualmente, al menos existe la posición que se reduzca el plazo, lo cual con el tiempo puede llegar a que desaparezca el plazo y solo medie la voluntad de los cónyuges para tomar la decisión de divorciarse.

Así también a la pregunta número 1 ¿Cree usted que basta la autonomía de la voluntad que tuvieron los cónyuges de unirse en matrimonio, para divorciarse de mutuo acuerdo sin que exista plazo alguno?, los magistrados consideraron que no basta la voluntad de los cónyuges para divorciarse, puesto que esto podría generar la utilización indiscriminada e indebida de dicha voluntad, además consideraban que podría reducirse el plazo pero no eliminarse. Ante la tercera pregunta Ha tenido conocimiento de procesos donde los cónyuges demandan separación convencional y divorcio ulterior sin haberse cumplido el plazo de dos años. Estuvo de acuerdo usted cómo resolvió? , dos de los Magistrados respondieron que no y el tercer magistrado respondió que si se le habían presentado casos donde no se cumplía con el plazo y resolvió declarando improcedente, debido al inobservancia de uno de los exigencias de procedibilidad. Finalmente, es de acotar que los tres Magistrados fueron unánimes al considerar que debe existir plazo para invocar la causal de separación convencional para el divorcio, sin embargo, dos consideraban que debería reducirse el plazo, lo cual ya es un inicio para que se pueda considerar en un futuro la eliminación del plazo de dos años.

Además, tenemos que mencionar la sentencia Colombiana C-985/10 emitida por el Tribunal de Colombia, la misma que ha sido nuestra base para fundamentar nuestra hipótesis, puesto que en esta jurisprudencia se considera

la autonomía de la voluntad como razón primordial para solicitar la institución estudiada, el llamado divorcio Mutuo Acuerdo, e determina que al existir consentimiento de los cónyuges, la decisión voluntaria para contraer matrimonio, así también se debe tomar en cuenta la decisión libre y consciente para disolver el vínculo matrimonial, estamos ante el Principio del *Ius Connubii* y lo opuesto es el Principio de Libertad de Ruptura, con el cual pues los cónyuges deciden en cualquier momento romper el vínculo matrimonial que los une, al menos en términos legales.

Finalmente, estamos en total desacuerdo con la dispuesto en el inciso 13 del artículo 333º del Código Civil porque no se toma en cuenta la autonomía de la voluntad que tienen los cónyuges para decidir sobre su situación matrimonial, dado que el consentimiento de las personas es indispensable en cualquier acto que realizamos no debiendo excluirse el hecho de decidir cuándo romper el vínculo jurídico matrimonial, siendo que este consentimiento se manifiesta a través de la declaración de voluntad, de manera libre, sin presiones, ni influencias, puesto que así como para la realización de las nupcias, el consentimiento surge de la autodeterminación del hombre y la mujer para decidir casarse, así también debe existir el consentimiento libre para divorciarse sin que existe causa, esa es la razón de la investigación para que se modifique el referido articulado de esta manera se elimine el plazo de 02 años para invocar la Separación Convencional y Divorcio Ulterior.

V. CONCLUSIONES

1. La autonomía privada de la voluntad, es la base modificar el art. t 333º del CC inciso 13 eliminando el plazo de dos años al invocar la separación convencional y divorcio ulterior, considerando que esta manifestación da inicio al matrimonio y así mismo debe ser la que ponga fin al vínculo matrimonial, por lo que, es necesario mecanismos legales para que se asegure el libre desarrollo de la voluntad de los cónyuges en temas de índole familia.
2. Los principios de protección de la familia y de promoción del matrimonio, buscan que el grupo de personas unidas por vinculo parental, vivan en un ambiente que se desenvuelvan y desarrollen personalmente, solo así es posible hacer valerlos.

3. En el derecho comparada, la jurisprudencia Colombiana, fue determinante para lograr resultado de sustentar la modificatoria del artículo 333 inc. 13 del Código Civil, referido a la causal de separación convencional sin plazo alguno, a fin que pueda ser aplicado en nuestro país.
4. El principio de la autonomía privada de la voluntad, es la base que justifica la eliminación del plazo, ante una convivencia, que imposibilita mantener vida en común, más aun cuando de por medio está la tranquilidad de los miembros del hogar familiar, quienes deben vivir en un ambiente de armonía y paz.

VI. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Poder Legislativo que modifique el inciso 13 del artículo 333° del código civil, que regula el plazo de dos años después de realizado el matrimonio para poder solicitar la separación convencional, el cual debe de ser eliminado.
2. Se recomienda a los Decanos que pertenecen a las Facultades de Derecho de las diversas Universidades del Perú, a que en coordinación con los Magistrados del Poder Judicial especialistas en temas de familia, realicen charlas informativas a la comunidad en general, a fin de hacer saber la ventaja que traería consigo la eliminación del plazo, para poder solicitar la separación convencional.

VII. PROPUESTA

Actualmente el Código Civil Peruano establece las causales de separación de cuerpos, el mismo que establece:

“Artículo 333°.- Causales de la separación de cuerpos. Son causas de separación de cuerpos: (...) 13) La separación convencional, después de transcurridos **dos años** de la celebración del matrimonio”.

Debe modificarse de la siguiente manera:

“Artículo 333º.- Causales de la separación de cuerpos. Son causas de separación de cuerpos: (...) 13) La Separación Convencional, a **sola solicitud conjunta** de los cónyuges”.

Referencias

1. Aguilar Llanos, B. (2010). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima, Perú: San Marcos.
2. Bautista Toma, P. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.
3. Cabello, C. (1999). *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú* (2da. Edición ed.). Lima-Perú: Tantum.
4. Caldani, M. A. (2004). *Código Civil Comentado. Derecho De Familia*. Buenos Aires: Editores Rubinzal Culzoni.
5. Cornejo Chavez, H. (1992). *Derecho Familiar Peruano*. Lima-Perú: Librería Studium Ediciones.
6. Cornejo Chavez, H. (1999). *Derecho de Familia Peruano* (10 edición ed.). Lima - Perú: Gaceta Juridca.
7. Corral Talciani, H. (2005). *Derecho y Drechos de la Familia*. Lima - Perú: Grijley.
8. De Trázegnies Gránda , F. (1990). *La Familia En El Derecho Peruano* . Lima: Fondo Editorial De La Pontificia Universidad Catollca Del Peru.
9. Ferrer, F. (2008). *Derecho de Familia*. Santa Fe: Editores Rubinza.
10. Ferrer, Francisco M . . (2001). *Cuestiones De Derecho Civil*. Santa Fe-Argentina: Editores Rubinzal.
11. Jara, R. (2012). *Manual de Derecho Familiar*. Lima, Perú: Juristas.
12. Mallqui Reynoso, M. (2001). *Derecho de Familia*. San Marcos editorial.
13. Mendez Costa, M. J. (2004). *Código Civil Comentado*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal.
14. Momethiano Zumaeta, E. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.
15. Peralta Andia , J. R. (1996). *Derecho de Famila en el Código Civil*. Lima-Perú: Idemsa.
16. Placido V. Alex. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
17. _____. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
18. _____. (Julio de 2005). La delimitación jurídica del concepto de familia. *Actualidad Jurídica*, 267.
19. Taboada Cordova, L. (2001). *Elementos de l responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
20. Torres Vasquez, A. (2012). *Acto Juridico*. Lima: Idemsa.

21. Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima, Perú: Grijley.
22. Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

NORMATIVA

- a) Código Civil de 1984
- b) Constitución Política de 1993
- c) Ley 29227 y su reglamento Decreto Supremo 009-2008-JUS
- d) Tratados Internacionales
- e) Legislación comparada

LINKOGRAFIA

CALISAYA Márquez, Ángel. Justicia y Cultura: El Divorcio en el Perú y España [en línea]. Fecha de Publicación: 31 julio 2011. [Fecha de consulta: 28 abril 2015]. Disponible en: <http://justicia-cultura.blogspot.com/2011/07/el-divorcio-en-el-peru-y-espana.html>

TESIS

1. “La Separación Convencional y el Divorcio: Conveniencia de un Límite Temporal” realizado por la bachiller Carmen Elisa Velasco Rivera para optar el título de abogada, en la Universidad Nacional de Piura, en el año 2007.
2. Tesis: “El Divorcio en el Perú y España”, trabajo que fue presentado en el curso de Derecho Comparado Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú por Ángel Calisaya Márquez, en el año 2011.

Anexos



ENTREVISTA

TITULO: "La Separación Convencional y Divorcio Ulterior sin mediar Plazo: Primacía de la Autonomía de la Voluntad de los Cónyuges"

RESUMEN: La presente investigación pretende la modificatoria del inciso 13) del artículo 333° del Código Civil que exige el plazo de dos años para que opere la causal de separación convencional y divorcio ulterior a petición de los cónyuges, siendo que con la modificatoria se pueda invocar dicha causal sin mediar plazo alguno, fundamentándose en la autonomía de la voluntad de ambos, y basándose en el principio constitucional de promoción del matrimonio, y que en el matrimonio se cumplan los fines de tal, no obligándoles a mantener un vínculo matrimonial que ya se encuentra resquebrajado.

Dirigido a: Juez de Familia y Mixto.

1. Siendo la autonomía de la voluntad el poder que tiene el individuo de decidir sobre su propia esfera jurídica, ¿Cree usted que basta la autonomía de la voluntad que tuvieron los cónyuges de unirse en matrimonio para divorciarse de mutuo acuerdo sin que exista plazo alguno?

No, pues existiría peligro de su utilización indiscriminada e indebida, además que el plazo de dos años tiene como finalidad que los cónyuges puedan confirmar o reafirmar su relación o persistir en la idea de divorciarse. Es decir, el orden público, los fines del matrimonio y la protección de la familia ~~esta~~ tienen prevalencia frente a la autonomía de la voluntad.

2. ¿Considera usted adecuado el plazo de dos años para que opere el proceso de separación convencional y divorcio ulterior basado esto en el Principio de promoción del matrimonio, y que no permite que los cónyuges decidan por propia voluntad de ambos divorciarse?

Si, es adecuado pues aquel es tiempo razonable, prudente y suficiente para que los cónyuges decidan firmemente su voluntad de separarse, pues existen muchos casos en los que se produce la reconciliación. El primer problema y la primera voluntad de los cónyuges de divorciarse no significa que no cambien posteriormente.

3. En su experiencia como Juez, ¿Ha tenido conocimiento de procesos donde los cónyuges demandan separación convencional y divorcio ulterior sin haberse cumplido el plazo de dos años. Estuvo de acuerdo Ud. como resolvió?

No.

4. ¿Está de acuerdo Ud. en que deba existir una modificatoria al Proceso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior? ¿Que propondría ante las deficiencias advertidas?


No estoy de acuerdo, por ende, no encuentro deficiencias sino al contrario, éste es un mecanismo adecuado para tramitar el divorcio, con posibilidad de que las partes puedan reconciliarse

NOTA: La presente entrevista será publicada como parte de los instrumentos de recolección de datos de la Tesis.

¿EL ENTREVISTADO AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?:

SI NO

NOMBRE DEL ENTREVISTADO: _____


Christian J. Llanos
JUEZ SUPLENTE GERARDO
del Poder Judicial de la Familia de Zúnez
de la Superior de Justicia de Piura

FIRMA DEL ENTREVISTADO

ENTREVISTA

TITULO: "La Separación Convencional y Divorcio Ulterior sin mediar Plazo: Primacía de la Autonomía de la Voluntad de los Cónyuges"

RESUMEN: La presente investigación pretende la modificatoria del inciso 13) del artículo 333° del Código Civil que exige el plazo de dos años para que opere la causal de separación convencional y divorcio ulterior a petición de los cónyuges, siendo que con la modificatoria se pueda invocar dicha causal sin mediar plazo alguno, fundamentándose en la autonomía de la voluntad de ambos, y basándose en el principio constitucional de promoción del matrimonio, y que en el matrimonio se cumplan los fines de tal, no obligándoles a mantener un vínculo matrimonial que ya se encuentra resquebrajado.

Dirigido a: Juez de Familia y Mixto.

1. Siendo la autonomía de la voluntad el poder que tiene el individuo de decidir sobre su propia esfera jurídica, ¿Cree usted que basta la autonomía de la voluntad que tuvieron los cónyuges de unirse en matrimonio para divorciarse de mutuo acuerdo sin que exista plazo alguno?

Yo considero que si es adecuado fijar un plazo, por cuanto el matrimonio va más allá del vínculo matrimonial conyugal, ya que es la institución que constituye la familia, y por ende el Estado protege y promueve el matrimonio

2. ¿Considera usted adecuado el plazo de dos años para que opere el proceso de separación convencional y divorcio ulterior basado esto en el Principio de promoción del matrimonio, y que no permite que los cónyuges decidan por propia voluntad de ambos divorciarse?

Yo considero que si considero pertinente los dos años de plazo señalado

3. En su experiencia como Juez, ¿Ha tenido conocimiento de procesos donde los cónyuges demandan separación convencional y divorcio ulterior sin haberse cumplido el plazo de dos años. Estuvo de acuerdo Ud. como resolvió?

No he tenido con alguno

4. ¿Está de acuerdo Ud. en que deba existir una modificatoria al Proceso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior? ¿Que propondría ante las deficiencias advertidas?

Como estoy de acuerdo con el plazo, no puedo proponer propuestas para modificar.

NOTA: La presente entrevista será publicada como parte de los instrumentos de recolección de datos de la Tesis.

¿EL ENTREVISTADO AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?:

SI NO

NOMBRE DEL ENTREVISTADO: *Ruth Díaz Oliva*

[Firma]

FIRMA DEL ENTREVISTADO

ENTREVISTA

TITULO: "La Separación Convencional y Divorcio Ulterior sin mediar Plazo: Primacía de la Autonomía de la Voluntad de los Cónyuges"

RESUMEN: La presente investigación pretende la modificatoria del inciso 13) del artículo 333° del Código Civil que exige el plazo de dos años para que opere la causal de separación convencional y divorcio ulterior a petición de los cónyuges, siendo que con la modificatoria se pueda invocar dicha causal sin mediar plazo alguno, fundamentándose en la autonomía de la voluntad de ambos, y basándose en el principio constitucional de promoción del matrimonio, y que en el matrimonio se cumplan los fines de tal, no obligándoles a mantener un vínculo matrimonial que ya se encuentra resquebrajado.

Dirigido a: Juez de Familia y Mixto.

1. Siendo la autonomía de la voluntad el poder que tiene el individuo de decidir sobre su propia esfera jurídica, ¿Cree usted que basta la autonomía de la voluntad que tuvieron los cónyuges de unirse en matrimonio para divorciarse de mutuo acuerdo sin que exista plazo alguno?

No, debido a que de por medio se encuentran otros fines. Además el plazo evitaría su utilización indiscriminada o el arrepentimiento de los cónyuges. Lo que sí debería, es reducirse el plazo a un año, pues este es suficiente y razonable.

2. ¿Considera usted adecuado el plazo de dos años para que opere el proceso de separación convencional y divorcio ulterior basado esto en el Principio de promoción del matrimonio, y que no permite que los cónyuges decidan por propia voluntad de ambos divorciarse?

No, considero que un año es suficiente para que los cónyuges evalúen y decidan si desean o no continuar su relación matrimonial.

3. En su experiencia como Juez, ¿Ha tenido conocimiento de procesos donde los cónyuges demandan separación convencional y divorcio ulterior sin haberse cumplido el plazo de dos años. Estuvo de acuerdo Ud. como resolvió?

Sí, pocos, pero sí. se resolvió que era improcedente.

4. ¿Está de acuerdo Ud. en que deba existir una modificatoria al Proceso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior? ¿Que propondría ante las deficiencias advertidas?

El plazo debe reducirse, pues por su naturaleza consensual lo legítima.

NOTA: La presente entrevista será publicada como parte de los instrumentos de recolección de datos de la Tesis.

¿EL ENTREVISTADO AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?:

SI NO

NOMBRE DEL ENTREVISTADO: ERNESTO HELI REBAZO PARRAGUIRRE


FIRMA DEL ENTREVISTADO

CUESTIONARIO

De la recopilación de datos de las mencionadas entrevistas (Anexo 2) se pudo obtener los siguientes resultados:

DE LA PREGUNTA Nº 01:

¿Cree usted que basta la autonomía de la voluntad que tuvieron los cónyuges de unirse en matrimonio, para divorciarse de mutuo acuerdo sin que exista plazo alguno?

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA CASARSE Y PARA DIVORCIARSE DE MUTUO ACUERDO	Nº	%
Que, se mantenga el Plazo de 02 años	1	33.33
Que, se debe reducir el plazo de 02 años	2	66.67
TOTAL	3	100.00

Se puede apreciar que los profesionales entrevistados señalan que no es posible que con la sola voluntad de los cónyuges puedan divorciarse de mutuo acuerdo, puesto que se estaría vulnerando la finalidad del matrimonio, puesto que al ser el matrimonio la institución por medio de la cual se constituye la familia, por lo que, el Estado debe proteger tanto a la familia como al matrimonio. Además consideran que al darse dicha modificatoria podría darse que dicha causal sea invocada de manera indiscriminada, lo cual también se estaría limitando o restringiendo la posibilidad que los cónyuges se reconcilien. Los entrevistados consideran que se debe proteger la familia y el matrimonio.

La familia es el componente fundamental y natural de la colectividad, que debe ser protegida por el Estado y la Sociedad, conforme está establecido en el art. 17, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica sobre derechos humanos, asumido también por nuestra Constitución Política. Sin embargo, es de precisar que dicha familia debe desenvolverse en un ambiente de armonía y paz por el cual todos sus miembros puedan desarrollarse.

Asimismo, la familia es reconocida como un conjunto de personas con vínculo de parientes, que viven agrupadas. Más que un constituyente jurídico, es una institución que es reconocida por el Derecho como una exigencia social del hombre, en la que deberá lograr satisfacer sus exigencias mediante la convivencia. La profesora paulista Nery De Andrade sostiene que el Estado tiene una forma microscópica y originaria que se llama familia cuya estructura se sustenta sin embargo en el Derecho, sus miembros están unidos

por una fuerza que trasciende la esfera del Derecho como lo afirma Varsi Rospigliosi (2004).

En tal sentido, si bien es cierto por la autonomía privada las personas tienen la libertad de celebrar o no un acto jurídico, de escoger la persona con quién celebrarlo, de determinar su contenido, o de regularlo, modificarlo o extinguirlo; Sin embargo, esta autonomía de la voluntad privada no es omnisciente, sino que está limitada por las normas de carácter imperativo, las buenas costumbres, y el orden público (art. y del TP), el abuso del derecho (art. II del TP y art. 103, in fine, de la Constitución), los principios de corrección, buena fe y confianza, la no injerencia en la esfera jurídica de terceros, el interés social, etc. Por la autonomía privada el sujeto tiene libertad para moverse con plena independencia, siempre que no sobrepase los límites fijados por el ordenamiento. (Torres, 2012: 154)

DE LA PREGUNTA N° 02:

¿Considera usted adecuado el plazo de dos años para que opere el proceso de separación convencional y divorcio ulterior basado esto en el principio de promoción del matrimonio, y que no permite que los cónyuges decidan por propia voluntad de ambos divorciarse?

2. El Plazo de 02 años para divorciarse de mutuo acuerdo, es suficiente	Nº	%
A favor	2	66.67
En contra	1	33.33
Total	1	100,0

De los profesionales entrevistados, uno piensa que el plazo de dos años, debe modificarse y reducirse y considera que un año es suficiente para que los cónyuges puedan divorciarse de mutuo acuerdo, dicho plazo de un año es suficiente para que evalúen y decidan sobre su situación matrimonial. Sin embargo dos de los entrevistados, consideran tajantemente que el plazo de dos años es pertinente, prudente y razonable, para que los cónyuges decidan firmemente si desean separarse y divorciarse, ya que en dicho tiempo podrán analizar su situación conyugal.

De tal manera que para los entrevistados consideran que la unión matrimonial tiene que protegerse; pero no como la única fuente de creación de familia. Requiriéndose la observancia de formalidad legal evitando la existencia de vicios y cumplidos los requisitos, gozará del amparo legal. (Placido, 2002: 22)

DE LA PREGUNTA Nº 03:

¿Ha tenido conocimiento de procesos donde los cónyuges demandan separación convencional y divorcio ulterior sin haberse cumplido el plazo de dos años. Estuvo de acuerdo usted cómo resolvió?

3. Proceso de separación convencional sin plazo de 02 años	Nº	%
Si	1	33.33
No	2	66.67
Total	3	100.00

Uno de los profesionales entrevistados manifestó que si ha resuelto procesos de separación convencional sin el plazo de dos años, se han presentado pocos y los resolvió declarándolos improcedentes, debido que no se cumplía con el requisito legal. Dos de los entrevistados indicaron que no se les había presentado demandas sin que se cumpla con el plazo de dos años por la causal de separación convencional.

Actualmente existe la posibilidad de recurrir al notario para lograr regularizar su situación legal respecto de su vínculo matrimonial, siendo que la tendencia es descongestionar y aligerar la labor del Poder Judicial y, justamente, son estos tipos de procesos los que podrían ser resueltos en otra vía, sin descuidar la labor tuitiva del Estado. Así ha pasado con algunos procesos en nuestro medio, estando la separación convencional en los corrillos judiciales (razones de peso para ello existen, en buena cantidad y calidad). Hoy en día la figura de divorcio ulterior y separación convencional en las Notarías y Municipalidades se encuentra regulada en la Ley 29227 del 15 de mayo del año 2008 de igual denominación, y en su reglamento, esto es, el Decreto Supremo 009-2008-JUS del 12 de Junio del 2008.

DE LA PREGUNTA Nº 04:

¿Está de acuerdo usted en que deba existir una modificatoria al proceso de divorcio ulterior y separación convencional? ¿Qué propondría ante las deficiencias advertidas?

4. Debe darse la modificatoria al plazo para el proceso de separación convencional	Nº	%
Sí, reduciendo el plazo	1	33.33

No, que se mantenga plazo de 02 años	2	66.67
Total	3	100.00

Uno de los profesionales entrevistados manifestó que sí se debe modificar el plazo y considera que podría ser de un año; así como, dos de los entrevistados manifestaron que no debería modificarse el plazo, ya que el plazo de dos años para invocar la causal de separación convencional es suficiente y razonable para que los cónyuges analicen su situación conyugal y puedan tomar una decisión motivada respecto de la disolución del vínculo matrimonial.

Sin embargo, es de precisar que los tres entrevistados manifestaron que no existen deficiencias en la tramitación del proceso de divorcio ulterior y separación convencional en la vía judicial.

FICHAS

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL	
I. DATOS INFORMATIVOS <ol style="list-style-type: none">1. Tipo de documento: Sentencia C-985/10 – Expediente D-8134 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Bogotá - Colombia.2. Línea de investigación: Derecho Civil.3. Materia: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, modificatoria del artículo 156 del Código Civil sobre caducidad para interponer divorcio.4. Partes procesales: Demandante: Juliana Victoria Ríos Quinde y Diego Arias Sierra	
II. FUNDAMENTOS DE HECHO	
a. Los actores confirman que las personas demandadas desconocen de los artículos 1, 5, 2, 16, 15, 42 y 18 de la Carta, por ende fijan un término que indica prescripción o caducidad para dar inicio a la demanda por divorcio Plazo de caducidad y prescripción para demandar causales.	El plazo de caducidad o prescripción para invocar el divorcio por causal de infidelidad es de dos años, y que si transcurrido dicho plazo no podrá invocarse la causal y por consiguiente no se podrá lograr la disolución del vínculo matrimonial.
b. Sustentan que puede ocurrir que el uno de los cónyuges ofendidos se dé cuenta de las relaciones fuera del matrimonio del otro cónyuge luego de transcurridos dos años a los que refiere la disposición que se acusa, y que la imposibilidad de dirigirse al fuero judicial para que se solicite el divorcio limita, por ende, el derecho a procurar restituir su vida ante el daño del vínculo matrimonial.	Los cónyuges se encuentran imposibilitados de rehacer sus vidas con otra persona puesto que tendrán que mantener su vínculo matrimonial, ante lo cual estamos ante una imposición que vulnerar su derecho a una vida digna y a un desarrollo personal equilibrado.

<p>c. Las personas que demandan afirman que los términos de caducidad precedidos en la disposición que se acusa no conocen los artículos 1, 5, 2, 16, 15, 42 y 18 de la Constitución Política del Perú. A criterio, del Legislador, los tiempos fijados para ejercitar la acción del divorcio son desproporcionados y no se conocen varios principios que están en la constitución, como el respeto a la dignidad d los seres humanos, la inalienabilidad de los derechos que son fundamentales y los derechos amparados en la constitución a la libre conciencia, al libre desenvolvimiento de la personalidad del ser humano, a poder elegir el estado civil que creamos convenientes, a la armonía de la familia y a la dignidad de uno de los cónyuges, o sea el inocente.</p>	<p>Se vulnera derechos constitucionales fundamentales, puesto que los cónyuges se encuentran obligados a seguir unidos en matrimonio aunque dicho vinculo se encuentre resquebrajado por la conducta de uno u otro cónyuge, lo cual vulnera derechos fundamentales que no le permitirá vivir armoniosamente y sobre todo la imposibilidad de acudir a la jurisdicción para solicitar el divorcio limita su derecho a intentar restablecer su vida ante el deterioro del vínculo matrimonial.</p>
<p>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO</p>	
<p>Ley 25 de 1992 reguló el divorcio a la luz de la nueva Carta Política de Colombia El Ley 25 de 1992, en su artículo 5 –que modifica el artículo 152° del Código Civil Colombiano- se dispone que el vínculo del matrimonio se diluye (i) por muerte o presunta o real de alguno de sus cónyuges, o (ii) por el divorcio. De la misma ley en mención en su artículo 6°–que modifica el artículo 154° del Código Civil Colombiano- indicó las causales para que se configure el divorcio. La Ley 25 de 1992 en su artículo 10°, que modifica el artículo 156° del Código Civil</p>	<p>Si bien existe norma que establece las pautas para que proceda el divorcio y el plazo para que opere sin embargo si dicha norma vulnera derechos constitucionales fundamentales entonces el juzgador podrá declarar la inexigibilidad de tal plazo o requisito, con la única razón de salvaguardar derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos.</p>

<p>Colombiano, indica que el divorcio solo se podrá solicitar por uno de los cónyuges, o sea el inocente.</p>	
<p>IV. CONCLUSIONES</p>	
<p>a. En la referida jurisprudencia para la Corte, la dignidad del ser humano, el principio de la libertad de desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos personales de ambos cónyuges, componen criterios para interpretar lo suficiente, a fin de afirmar que no es posible obligar a alguien para que mantenga el vínculo del matrimonio en contra del interés e voluntad, razón por lo cual resulta imposible coaccionarlos para que contraigan matrimonio.</p>	<p>La sentencia emitida por el Pretelt chaljub en calidad de Magistrado Ponente, en la ciudad de Bogotá, en la fecha dos del mes de diciembre del año dos mil diez, establece que no podrá obligarse a los cónyuges a seguir unidos en matrimonio si ocurriera alguna de las causales estipuladas en la ley, pero si dichas causales han caducado o prescrito, se podrá omitir tal plazo puesto que lo que prima es la no vulneración de derechos constitucionales</p>
<p>b. La jurisprudencia precisa que la forma imperativa de la constitución en lo que respecta a la promoción y protección de la institución de la familia no es lo duradero del matrimonio sino es el que se logre la armonía y estabilidad del grupo que constituye la familia, y esto no se logra ni se garantiza manteniéndose en vigencia el contrato del matrimonio.</p>	<p>fundamentales, motivo por el cual la sala declaro la inexigibilidad del plazo de caducidad para que opere el divorcio.</p>

JURISPRUDENCIA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Sentencia C-985 de 2010

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Desconoce competencias constitucionalmente reconocidas al legislador (Salvamento parcial de voto)

LEGISLADOR-Facultad de limitar en el tiempo y de manera razonable, la posibilidad de invocar las causales de divorcio (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Desconocimiento de la confianza legítima del cónyuge culpable (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Decisión se asienta en lo que se denomina divorcio unilateral (Salvamento parcial de voto)

La decisión de mayoría se asienta en lo que denomina una tendencia universal moderna, como lo es el denominado “divorcio unilateral”, el cual no hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, figura respecto de la cual, indudablemente, cabe afirmar, que sería el legislador quien cuenta con competencia para implantarla de cara al valor superior que le reconoce la Constitución a la familia y, por ende, al matrimonio como forma jurídica principal para constituirlo. Pero una cosa es el “divorcio unilateral” y otra muy distinta querer entronizarlo por vía de una interpretación del órgano de control constitucional echando mano de una exégesis que desvirtúa lo que se entiende propiamente como “divorcio unilateral”, el cual procede por la sola voluntad de uno de los cónyuges, sin que medie una causa o razón específica atribuible al otro, en tanto que el divorcio que regirá en Colombia derivado de la decisión de mayoría sí estaría basado en una de las causas o motivos previstos en la ley pero sin importar que esté prescrita o haya caducado pues la oportunidad para hacerlo quedó abierta a perpetuidad.

Expediente: D-8134

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 25 de 1992, modificatoria del artículo 156 del Código Civil.

Mi discrepancia parcial con la decisión de mayoría obedece a lo siguiente:

El que se haya efectuado la declaratoria de inexecutable a que alude el punto segundo de la parte resolutoria del fallo proferido en este proceso, a mi juicio, desconoce flagrantemente claras competencias constitucionalmente reconocidas al legislador, en lo que tiene que ver, específicamente, con la regulación del concepto de familia y, en particular, de la institución matrimonial, jurídicamente concebida como la célula básica, primaria o fundamental de la sociedad, la cual, por lo mismo, a causa del interés general

que reviste merece ser prohijada a objeto de que en su seno se realicen los trascendentes cometidos que le son propios.

Si para proteger la estabilidad del matrimonio se le reconoce al legislador la facultad de permitir su disolución, a través del divorcio, solo o de manera excepcional, mediante el establecimiento de específicos motivos o circunstancias, con mayor razón, aplicando la socorrida e inobjetable máxima según la cual quien puede lo más, también puede lo menos, debe reconocérsele al órgano de representación democrática la atribución de limitar en el tiempo, de manera razonable, la posibilidad de invocar o hacer valer oportunamente las correspondientes causales.

La anotada declaratoria de inexecutable desconoce que el transcurso del tiempo, en múltiples situaciones, se ha constituido en uno de los supuestos con mayor implicación jurídica para dar paso al nacimiento, la consolidación o extinción de derechos y para habilitar el ejercicio oportuno de acciones que se promueven ante los órganos jurisdiccionales, dentro de un amplio margen de regulación reconocido al legislador.

La declaratoria de inexecutable producida en este caso desconoce que en asuntos tan caros o sensibles a la sociedad, como la comisión de un delito, puede no investigarse o no aplicarse la sanción impuesta por el solo transcurso del tiempo. Que el incumplimiento de las obligaciones civiles o comerciales o el incurrir en actos, hechos u omisiones altamente dañinos del patrimonio o de los derechos civiles de los demás puede dejar libre de responsabilidad al sujeto autor de esas situaciones por el simple transcurso del tiempo.

El efecto indeseable de la decisión de la cual discrepamos, consiste en que convierte en imperdonables, imprescriptibles o en irredimibles faltas constitutivas de causal de divorcio cometidas por alguno de los cónyuges por cuanto estas se pueden hacer valer en cualquier tiempo, 20, 30 o 50 años después, por el consorte o la consorte que no las propició, en desconocimiento de la confianza legítima del cónyuge culpable quien por el transcurso del tiempo válidamente puede suponer que la ausencia de la demanda de divorcio en su contra supuso que su falta se había condonado.

Lógica y jurídicamente resulta inaceptable que faltas PENALES, CIVILES, FISCALES o DISCIPLINARIAS sí sean redimibles por el solo transcurso del tiempo pero que no lo sean las cometidas por los cónyuges entre sí, constitutivas de divorcio, cuando la trascendencia jurídica y social de las primeras bien puede resultar mucho mayor que la de las segundas.

En síntesis, tratándose de faltas o conductas constitutivas de divorcio la decisión de mayoría proscribía del ordenamiento jurídico el instrumento pacificador del perdón y del olvido, pues por siempre, gravitará en contra de la estabilidad de la institución matrimonial la posibilidad de que uno de los cónyuges demande al otro por incurrir en una causal de divorcio sin importar el tiempo transcurrido, con lo cual se da vía libre a que el móvil que pueda provocar semejante reacción de invocar en todo momento lo pasado o lo de antiguo llegare a ser, inclusive, que un cónyuge se niegue a complacer al otro en servirle una taza de café.

De idéntica disposición se hace una sutil distinción para considerarla al mismo tiempo constitucional e inconstitucional, por cuanto (de una misma norma se predica que, a la vez, se aviene y no se aviene al ordenamiento jurídico superior pues, de una parte, la decisión de mayoría reprocha la competencia del legislador para poner límites al ejercicio de las acciones relacionadas con causales de divorcio, no obstante que se trata de un tema consustancial a los intereses de la sociedad como lo sería la estabilidad de la institución matrimonial, pero, de otra parte, sí se reconoce esa competencia para limitar en el tiempo la posibilidad de que el "cónyuge ofendido" pida alimentos o revoque donaciones

desconociendo que la trascendencia jurídica de esto último es claramente inferior a la que reviste el matrimonio como célula primaria de la sociedad, y lo que ello supone en materia de subsistencia, orden, estabilidad, convivencia, adquisición de valores, respeto de principios y demás.

En otras palabras, se reconoce plenamente la competencia del legislador para limitar en el tiempo el ejercicio de derechos o acciones, tornándolos extinguidos, circunscrito dicho reconocimiento a efectos implicativos o accesorios, de carácter económico, pero, paradójicamente se niega dicha atribución al Congreso de la República para regular un tema de máxima trascendencia jurídica constitucional en el que gravita fuertemente el interés general por referirse a un aspecto basilar o fundante de la estructura social, desconociendo el expreso mandato superior (Art.42 de la Constitución) según el cual, le asiste al legislador un amplio margen de configuración, en esta materia, que patentiza en el enunciado según el cual: “Las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil”.

La decisión de mayoría se asienta en lo que denomina una tendencia universal moderna, como lo es el denominado “divorcio unilateral”, el cual no hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, figura respecto de la cual, indudablemente, cabe afirmar, que sería el legislador quien cuenta con competencia para implantarla de cara al valor superior que le reconoce la Constitución a la familia y, por ende, al matrimonio como forma jurídica principal para constituirlo.

Pero una cosa es el “divorcio unilateral” y otra muy distinta querer entronizarlo por vía de una interpretación del órgano de control constitucional echando mano de una exégesis que desvirtúa lo que se entiende propiamente como “divorcio unilateral”, el cual procede por la sola voluntad de uno de los cónyuges, sin que medie una causa o razón específica atribuible al otro, en tanto que el divorcio que regirá en Colombia derivado de la decisión de mayoría sí estaría basado en una de las causas o motivos previstos en la ley pero sin importar que esté prescrita o haya caducado pues la oportunidad para hacerlo quedó abierta a perpetuidad.

Por último, comparto la decisión a que alude el punto primero de la parte resolutoria de la providencia en cuanto declaró la inconstitucionalidad del inciso final de la norma demandada a cuyo tenor, “en todo caso las causales 1 y 7 solo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia” en razón de que considero que el término para alegar dichas causales debe contabilizarse, no desde cuando ocurrieron los supuestos facticos a que ellas se refieren, sino desde el momento en que el cónyuge ofendido, que no ha dado lugar a los hechos”, tuvo conocimiento de ellos. La explicación de mi avenimiento con esa decisión es muy sencilla y tiene que ver con el hecho de que las situaciones a que aluden esas dos causales de divorcio, en su orden, relaciones sexuales extramatrimoniales o actos de corrupción o perversión contra familiares del otro cónyuge o contra quienes convivan con la pareja, suelen producirse en un entorno de extremo sigilo o ocultamiento que con frecuencia da lugar a que el cónyuge ofendido solo se entere de que ocurrieron muchos años después, fácilmente luego de que han transcurrido dos (2) años. De ahí que lo que resulta apropiado para el cabal y oportuno ejercicio de las acciones tendientes a hacer valer estas causales de divorcio es que el inicio del término de caducidad, de un año, se dé desde cuando se produce el certero enteramiento de lo sucedido por parte del cónyuge ofendido.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-985/10

CADUCIDAD PARA LA ACCION DE DIVORCIO-Improcedencia de sentencia condicionada (Salvamento de voto)

Debió proferirse un fallo de exequibilidad puro y simple respecto de las disposiciones demandadas, pues la previsión de un término para alegar ciertos hechos como causales de divorcio hace parte de la potestad de configuración del legislador

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Constituye un rediseño de las causales de divorcio (Salvamento de voto)

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Inadecuada aplicación (Salvamento de voto)

El juicio de proporcionalidad propuesto parte de una premisa equivocada cual es la de presentar una supuesta colisión entre bienes constitucionales que en la realidad no se presentaba.

Referencia: Expediente D-8134

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 25 de 1992, modificatoria del artículo 156 del Código Civil.

Demandante: Juliana Victoria Ríos Quintero y otro.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado disiente de la decisión mayoritaria que declaró inexecutable la frase ***“en todo caso las causales 1ª y 7ª sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguiente a su ocurrencia”*** contenida en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992 y que declaró executable la frase ***“y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1ª y 7ª o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª”*** contenida en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, bajo el entendido que los términos de caducidad que la disposición prevé solamente restringe en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del ***divorcio basado en causales subjetivas***.

Considero que debió proferirse un fallo de exequibilidad puro y simple respecto de las disposiciones demandadas pues la previsión de un término para alegar ciertos hechos como causales de divorcio hace parte de la potestad de configuración del legislador que le confiere el artículo 42 constitucional.

En efecto, sostuvo la mayoría que la caducidad para el ejercicio de la acción de divorcio prevista en la disposición acusada **era desproporcionada por ser innecesaria**, pues las finalidades constitucionalmente legítimas que buscaba podían alcanzarse por medios menos lesivos ***“en términos de los derechos fundamentales del cónyuge que desea***

divorciarse". De esta transcripción resulta evidente que mediante esta sentencia se instauró la figura del divorcio unilateral, la cual en principio era extraña a nuestra legislación.

Ahora bien, no considero que esta última figura sea inconstitucional, sino simplemente que es al legislador a quien, en ejercicio de su potestad de configuración y de su amplia legitimidad democrática, le correspondía examinar la conveniencia de introducirla en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como bien se señaló en la sentencia el término de caducidad establecido en la ley perseguía un fin constitucionalmente plausible cual era la estabilidad del vínculo matrimonial, y que la caducidad para alegar ciertas causales de divorcio se aviene perfectamente a las competencias del legislador para concretizar el ordenamiento jurídico, máxime cuando opera en todos los ámbitos del derecho, inclusive dentro del derecho sancionador.

No creo que la posibilidad de revivir las causales del divorcio, por hechos pasados o de los cuales uno de los cónyuges no tuvo conocimiento sino con posterioridad a su ocurrencia, tenga una finalidad protectora de los derechos fundamentales, o al menos me parece que sólo de manera muy débil y tangencial estarían involucrados, por lo tanto encuentro que el juicio de proporcionalidad propuesto parte de una premisa equivocada cual es la de presentar una supuesta colisión entre bienes constitucionales que en la realidad no se presentaba.

Adicionalmente considero que el cónyuge que deseara disolver el vínculo matrimonial contaba con otros medios para conseguir tal propósito, sin que fuera pertinente rediseñar las causales de divorcio, que es en definitiva la solución adoptada en la decisión de la cual me aparto, asunto que reitero debía ser definido por el Congreso de la República.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado