

PEDIDO DE UN HIJO: PADRES QUIERO SER PARTE EN TU DIVORCIO. PRE REQUISITO PARA ACCIONAR DIVORCIO O SEPARACIÓN.

Por: Dr. Nelson Reyes Ríos (*)

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. 1. MOTIVACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ. 2.1. LA SEPARACIÓN DE CUERPOS. 2.2. EL DIVORCIO. 2.3. SISTEMA LEGISLATIVO SOBRE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO. 2.4. PROBLEMÁTICA DEL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA. 2.5. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN EL PERÚ. 3. SITUACIÓN DE LOS HIJOS DE PADRES DIVORCIADOS. 3.1. SOBRE EL DIVORCIO. LAS DIMENSIONES DEL PROBLEMA A NIVEL PSICOLÓGICO. 3.2. INFORME SOBRE HIJOS DE PADRES DIVORCIADOS. PROPUESTA. CONCLUSIONES. NOTAS. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

El trabajo está referido al pedido, que puede ser verbal, no verbal, implícita o solamente ideal de un niño- niña o de un hijo de cualquier edad, para intervenir en el proceso de divorcio de sus padres. La hipótesis del trabajo podría plantearse de la siguiente manera: el hijo debe ser considerado como parte en el proceso, llámese, legitimado, interesado, o afectado; adecuar su participación en el campo procesal. En algunas legislaciones, como en el Perú, al declararse el divorcio, el juez debe resolver sobre el ejercicio de la patria potestad y la tenencia de los hijos menores. Surge la pregunta, ¿cómo hacer recaer consecuencias en alguien que no tuvo intervención en el proceso? Por otra parte, en el Perú, el Ministerio Público es parte en los procesos de divorcio y separación de cuerpos. Lo que no está claro es, sobre su condición de parte, demandante, demandado o legitimado. Y se dice que en los procesos de familia, debe actuar en su defensa, y fundamentalmente de los menores.

Lo que pretendemos, con este trabajo, es llamar la atención, indicando que las reglas del proceso civil, no responde a la legitimación de intereses de la familia, requiriendo de reglas independientes, desformalizadas, con amplia libertad del juez de familia, para que pueda decidir según las costumbres, tradiciones y forma de vida cultural de cada familia, reglas que pueden formar parte de una legislación autónoma de carácter esencialmente SOCIAL.

Existen estudios médicos, psicológicos o psiquiátricos, que indican que los hijos menores, especialmente, o de cualquier otra edad, sufren dolencias no solamente psicosomáticas, al enterarse que sus padres se van a divorciar o se están divorciando, entonces, por que no considerar prioritario su intervención, sobre todo de los menores de edad, haciendo que previamente a la demanda de divorcio o separación presenten de manera obligatoria, un informe interdisciplinario de preparación. Que los inte-

(*) Profesor Principal de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM.



grantes de la familia, tengan una orientación, una preparación técnica adecuada para la nueva vida de divorciados.

El divorcio, posiblemente es el tema más tratado en todos los ámbitos. En el campo académico, jurídico, social, y sobre el cual todas las personas tienen conocimiento, de acuerdo a su estatus, con mayor o menor profundidad. En el ámbito jurídico, a nivel internacional, la mayoría de los países lo admiten, con sus diferentes modalidades, Unos de manera consensual y otros sólo por motivos o razones expresadas en causas o causales, como se conoce, dando origen a los sistemas conocidos con el nombre de **Divorcio sanción**, cuando las causales son de orden subjetiva, basado en la culpa de uno de los cónyuges y agravio del otro, y **Divorcio remedio** cuando las causales son objetivas, sin culpa o conocidas también solamente como causas. En el Perú, se introduce el Divorcio disolutivo (disuelve el matrimonio) con el sistema de sanción, en el año de 1930, mediante una ley, la que después se incorpora al Código Civil de 1936 y el actual de 1984. Antes de dicha fecha sólo existía la figura del llamado divorcio relativo, no disolutivo del matrimonio, que es la separación de cuerpos. Actualmente, también se mantiene la figura de la separación de cuerpos, de manera convencional y por causales. Estas causales son las mismas que para el divorcio. Si bien el sistema es de culpa- sanción original, también se han introducido con posterioridad las causales objetivas, sin culpa.

Por otra parte, si consideramos el incremento del divorcio a nivel mundial como aparece en un informe de Naciones Unidas, es preocupante la situación de los hijos, que si no son adecuadamente preparados, tienen problemas diversos, ya sea de estudios, o de otros tipos de comportamientos, como el incremento de suicidios, la criminalidad infantil, el problema del llamado pandillaje y otros. Contribuyamos a la búsqueda de las posibles causas, ya que los efectos están a la vista de todos.

1. MOTIVACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La Universidad Nacional Mayor de San Marcos del Perú, decana de América, tiene establecido sus programas de extensión universitaria en sus diferentes facultades. Es así, que la Facultad de Derecho, desde hace mucho tiempo, viene cumpliendo con este propósito en diferentes formas. Se trata de un acercamiento con la comunidad, por intermedio de sus organizaciones sociales, como asociación de docentes, en los diferentes niveles de los colegios, inicial, primaria y secundaria. También asociaciones de padres de familia de los mismo colegios u organizaciones vecinales de los municipios (localidad organizada). Y muchas veces con organizaciones religiosas (parroquias), deportivas, culturales etcétera. La forma de acercamiento consiste en que los docentes de cada facultad, en particular de la Facultad de Derecho, planifican con las citadas organizaciones todo tipo de actividades culturales, como charlas, seminarios, conversatorios o talleres de trabajo, sobre el tema que más les interesa, de índole laboral, educativa, jurídica, social, y otros. En ese contacto directo con la población, se encontró que el problema familiar es de mayor interés, entre otros temas, la prestación de los alimentos, la violencia familiar, la declaración de la filiación, problemas de las uniones de hecho, el DIVORCIO, entre otros. Es dentro de este contexto, que se detectó el problema de los hijos de padres que se encuentran separados de hecho, otros en trámite de separación legal y divorcio, y muchos otros de lo que ya se encuentran divorciados. Un indicador común de estos problemas, es que dichos hijos, tenían un aprovechamiento deficiente en el campo educativo, notas desaprobatorias en los cursos, un comportamiento casi siempre negativo, mala conducta. En otros sectores se encontró mala alimentación, desnutrición casi generalizada. En el campo policial y judicial, una mayor incidencia de delincuentes juveniles, muy difundido en el Perú, conocido con el nombre del pandillaje, barras bravas. Por otro lado, mayor incidencia en la drogadicción, prostitución y suicidios, y muchas otras situaciones siempre negativas.



Con estos indicadores, se ha tomado contacto con diferentes profesionales, psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas familiares, entre otros, para recibir una interpretación más adecuada a nuestra realidad, y se comprobó que generalmente los hijos de padres separados o divorciados requieren de un tratamiento especial para superar sus dificultades. Entonces no cabe duda, que todos tenemos que hacer algo.

Son estos hechos y situaciones reales que nos han animado y motivado, proponer algunas ideas, para contribuir de alguna manera, aminorar las causas de estos problemas, con el ideal de eliminarlos algún día.

En el anterior Congreso de Derecho Familiar, me llamó la atención la ponencia que presentó nuestra colega Argentina Silvina Mariana Basso Elicabe Urriol, titulada "la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia". En este trabajo se resalta la necesidad que tienen los niños, niñas y adolescentes, de ser representados en todos los procesos de familia, y por supuesto en el de DIVORCIO. Se fundamenta en la norma internacional, de la Convención de los Derechos del Niño, que introduce el paradigma del niño como sujeto titular de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. "Como consecuencia de ello, los niños, niñas y adolescentes deben asumir distintos niveles de participación en los procesos de familia, a fin de dar cumplimiento a normas de rango constitucional como el derecho de ser oído (artículo 75^o inc. 12) y el derecho de participar ante las autoridades (Art. 14^o). El derecho a ser oído implica para el niño, niña y adolescente su posibilidad de expresar su opinión en los asuntos que lo afecten. Por ello, debe ser obligatorio el cumplimiento de la norma contemplada en el artículo 12^o de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo proceso en el cual la decisión que adopte el juez necesariamente tendrá consecuencias sobre los intereses del niño". Concluye proponiendo una reforma del Código Civil sobre la capacidad de las personas menores de edad, su representación y sobre autoridad parental, a fin de adecuarla a las normas internacionales.

2. DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL PERÚ

Para los efectos de este trabajo, en forma muy breve, hacemos referencia del tema denominado, debilitamiento y disolución del matrimonio en el Perú.

Con este título se expresa con claridad, los diferentes problemas que puede afrontar el matrimonio, especialmente aquellos que perturban su estabilidad, hasta llegar en algún momento y por diferentes formas a la conclusión o terminación del vínculo.

El decaimiento del matrimonio está indicando que existe una crisis, un debilitamiento, o algún motivo o causa que no permite que dicho vínculo se desenvuelva de una manera normal, sin embargo, dicha unión todavía esta vigente, existe legal o formalmente. En el Perú, este debilitamiento es tratado como la **separación de cuerpos**.

En cambio, la disolución es tratada dentro de sus diferentes modalidades, cuando ya se da por concluido el vínculo matrimonial, resaltando como una forma especial el **Divorcio**.

2.1.- LA SEPARACIÓN DE CUERPOS.

Cuando el matrimonio tiene dificultades, como hemos dicho, está en crisis o debilitado en su normal funcionamiento, entonces se ha encontrado una forma de poder afrontar este problema, con la separación de cuerpos

a.- Antecedentes

Originalmente las legislaciones que rechazaban el divorcio, como una de las formas de disolver el matrimonio, adoptaron solamente la separación de cuerpos autorizando a los cónyuges para que puedan vivir separados, por cuanto ya no es posible cumplir con el deber principal del matrimonio, que es hacer vida en común, (hacer vida marital, vivir bajo un mismo techo y lecho).

Antiguamente se le conocía también con el nombre de divorcio, con la particularidad de que no disolvía el matrimonio, por



ello se nombraba como divorcio relativo. Así sucedió en el Perú, con el Código Civil de 1852¹, y el Código de Procedimientos Civiles de 1912², mencionando en un capítulo lo relativo al divorcio y la nulidad del matrimonio (Art. 583°).

b.- Objetivo Principal:

Como se mencionó, el objetivo principal de la separación de cuerpos es conseguir la autorización judicial para suspender el deber de hacer vida en común, que establece el artículo 284° del C.C. con sus amplias consecuencias³ con el propósito de buscar seguramente alguna solución en el tiempo, o de dar oportunidad a los cónyuges para rectificar sus conductas con asesoramiento o no de institución o persona especializada, para salvar el vínculo matrimonial. Recalcamos que el objeto principal es ese y no otro, como se pretende sostener cuando se indica que también es una forma de llegar a la disolución del matrimonio. Es posible, pero de manera indirecta y no inmediata. Definitivamente no es causal de divorcio.

c.- Formas:

En doctrina existen diversas formas para solicitar la separación de cuerpos, desde la forma unilateral, convencional o por causales establecidas.

De todas las modalidades existentes, en el Perú se ha adoptado dos: **una forma convencional**; lo que anteriormente era conocido como separación por mutuo disenso. Para este caso se requiere la voluntad de ambos cónyuges y como mínimo dos años de matrimonio. Art. 333° inc. II del CC; **la otra forma es por causales**.

d.- Efectos:

En cuanto a la situación jurídica de los cónyuges, la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación como se mencionó de manera enfática anteriormente (Art. 332° del C.C.).

Los cónyuges pierden el derecho hereditario si la separación se declara por culpa suya. Es decir pierde la vocación sucesoral

respecto del otro cónyuge (Art. 343° del C.C.). En cuanto a los bienes, por la separación de cuerpos se pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales (Art. 332° del C.C.)

Sobre la tenencia y ejercicio de la patria potestad de los hijos, existen dos situaciones:

1. Cuando la separación de cuerpos se ha producido por las causales señaladas en el Art. 333° del C.C. En cuyo caso, es de aplicación el Artículo 340° del mismo código que dispone: "los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Está designación debe recaer por su orden y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos".

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones, mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa.

El padre o madre a quien se hayan confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido".

2. **En caso de separación convencional**, el Juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos o los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional, las disposiciones contenidas en los artículos 340° ya indicado, último párrafo y 341° conforme se consagra en el Art. 345° del CC. En nuestra legislación también se contempla la figura de la separación de cuerpos de pleno derecho, aquella que no se produce por causales, tampoco de manera



convencional. Esta figura se presenta cuando uno de los cónyuges deviene en enfermo mental o contagioso. En este caso sólo requiere que se acredite el hecho de la enfermedad mental o contagiosa del otro cónyuge. (Art. 347° del CC).

2.2. EL DIVORCIO.

a. Forma de acción y efecto personal

El actual Código Civil de 1984 establece el divorcio disolutivo del matrimonio solo por causales expresamente señaladas. Así se estipulan en los artículos 348° del C.C. "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio". Y en el Art. 349° consagra "puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Art. 333°, no se considera el inciso que se refiere a la separación de cuerpos de manera convencional. En los demás casos, la acción está expedita en cualquier momento de producida la causa. Es necesario aclarar, que el sistema de culpa y causa adoptada originalmente por la legislación del Perú, ha sido modificada introduciendo dos causales de naturaleza objetiva (sin culpa), **la separación de hecho**, sin considerar quien ha originado, estableciendo requisitos de tiempo, dos años si no tienen hijos menores y de cuatro si los tienen, así como que hayan cumplido con sus obligaciones de la prestación alimentaria. La otra causal es el de **la imposibilidad de hacer vida en común declarada judicialmente**. Esta causal es la que ha traído mayor controversia y debate.

Excepcionalmente se mantiene el Derecho de Alimentos entre ex cónyuges, cuando las necesidades así lo requieren, con la condición de que exista un culpable. En caso extremo el culpable podría pedir alimentos al inocente, cuando se encuentra en situación de indigencia, como lo establece el Art. 350° del Código Civil.

b. En cuanto a la tenencia de los hijos.

Se aplica la misma disposición establecida para la separación de cuerpos por causales, como se establece en el artículo 340° del Código Civil, al que se hizo mención en el

acápito correspondiente a la separación de cuerpos.

c. Respecto a los bienes.

Producido el divorcio, al igual que en la separación de cuerpos, fenece la sociedad de gananciales, y el cónyuge culpable solo pierde los gananciales provenientes de los bienes propios del otro cónyuge, como se establece en el artículo 352° del Código Civil. Si la causal es por abandono del hogar, en el cual se produce una separación de hecho, entonces el culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

2.3. SISTEMA LEGISLATIVO SOBRE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO

Descartada la posición anti - divorcista en la mayoría de las legislaciones tanto en Europa como en América, se considera que ha quedado únicamente la posición contraria al divorcio por parte de la Iglesia, así como la situación muy especial de Chile, que parece que fue el último país que adoptó el divorcio disolutivo.

Actualmente las legislaciones que admiten el divorcio, tienen diferente tratamiento de regulación, orientadas por la facilidad o no en conceder el divorcio con el trámite de su disolución.

Los que admiten con mayor liberalidad el divorcio, se basan en el principio de libertad con que tienen que proceder los cónyuges, indicando que si para el matrimonio se ha tomado necesariamente la voluntad, debe ser considerado de igual forma para su disolución. Así se establecen en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que se toma en cuenta generalmente la voluntad de ambos cónyuges o en algunos casos la voluntad solo de uno de ellos, a los que se denominan divorcio unilateral. El problema que se plantea en estas formas muy liberales del divorcio, están relacionados con las consecuencias generalmente negativas para la unidad familiar como para la situación de los hijos, que precisamente está relacionado con



el tema central de nuestra ponencia.

La segunda posición está representada por aquellos países que admitiendo el divorcio, lo hacen de manera restringida, limitada a determinadas causales, o en otros solo por causas, elaboradas por cada legislación.

En cuanto a la admisión de causales, también puede haber tratamientos diferentes, en cuanto a la mayor o menor amplitud de las mismas, por ejemplo en el Perú se ha considerado 11 causales para la separación de cuerpos y 10 para el divorcio, (excluyen a la separación convencional).

Lo importante de las causales, es que están referidas todas a la forma subjetiva de su planteamiento, es decir bajo el principio de **culpa**, por eso se ha denominado a esta forma como el **divorcio por culpa y causa**. En este sistema legislativo, lo importante es encontrar un culpable y un agraviado, para los efectos de establecer **sanciones** al culpable (divorcio sanción), como aquella de orden procesal que establece el Art. 335° del C.C. cuando establece: "ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio".

También pueden recaer dichas sanciones en ámbito patrimonial, haciendo perder al culpable los gananciales de manera restrictiva o genérica, como se contempla en los Arts. 352° del CC. "el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que proceden de los bienes del otro" y Art. 324° del mismo C.C. establece "en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación", como se mencionó anteriormente.

Por otro lado, se toma en cuenta la culpa para sanciones de carácter personal de los cónyuges como la pérdida del derecho hereditario Art. 343° "el cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden", y Art. 353° "los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí". Se establece una reparación del daño moral al cónyuge inocente,

Art. 351° del C.C. "si los hechos que han de-

terminado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral". Respecto de la tenencia de los hijos, también se toma en cuenta la situación de culpa, sin embargo, en este aspecto todo debe estar orientado por el principio del interés superior del niño que consagra la Convención sobre el Derecho del Niño aprobada por la 44 Asamblea de las Naciones Unidas con fecha 20 de Noviembre de 1989, suscrita por el Perú el veintiséis de Enero de 1990⁴ y específicamente el Art. VIII° del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes⁵. En cuanto a la causa (no causal) que muchas legislaciones toman en cuenta, como el Código de Familia de Cuba⁶, Panamá⁷, El Salvador⁸ de manera relativa, se consideran aquellas donde ya no se toman en cuenta la culpa y agravio de los cónyuges, simplemente se refieren a la causa de manera objetiva, por eso se denomina en doctrina **causas objetivas**, como aquella de la separación de hecho para la forma convencional. Al no haber culpabilidad lógicamente no existe sanción, denominándolas para su estudio como **divorcio remedio**. Esta fórmula consideramos que es mas conveniente, para no propiciar mayor quebrantamiento de la unidad familiar, que si bien puede estar ya en crisis, sin embargo, buscando identificar al culpable, todo el proceso se llena de pruebas para desprestigiar al cónyuge ofensor, indicándole como el único responsable de todos los males, sin percatarse de la influencia negativa que representa este sistema para la propia situación de los cónyuges, sus familiares y especialmente de los hijos.

La preocupación que existe en la doctrina sobre el sistema de causas objetivas, esta relacionada con la asistencia alimentaria generalmente de la mujer. Para contrarrestar esta situación se viene trabajando con una fórmula que se denomina **compensación económica entre ex - cónyuges**, es decir que en términos generales, se pretende establecer una



suerte de protección al cónyuge menos favorecido económicamente o el que tiene dificultades para su subsistencia, cuyo tema fue materia de una ponencia⁹ en el penúltimo Congreso Mundial sobre Derecho de Familia y que recoge varias legislaciones, como la de Bélgica, Holanda, Suecia, El Salvador, entre otros. Precisamente esta última legislación¹⁰ establece en el Art. 113° "si el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comunidad su liquidación arrojará saldo negativo, el cónyuge a quien el divorcio produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a una asignación en dinero que se fijará en la sentencia de divorcio, de acuerdo con las pruebas que al efecto se hubieren producido.

Para determinar la cuantía de ésta asignación y las bases de la actualización, se tomarán en cuenta los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud del acreedor, la calificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación personal pasada y futura a la atención de la familia, la duración del matrimonio y la de convivencia conyugal, la colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge y el caudal y medios económicos de cada uno.

En la misma sentencia se fijarán las garantías para hacer efectiva la pensión compensatoria. El derecho de esta pensión se extingue por cesar la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona, por haber cometido injuria grave contra el deudor, o por la muerte del acreedor o del deudor. La pensión se extingue cuando el alimentante: entregue bienes, constituya el derecho de usufructo, uso o habitación sobre determinados bienes, o entregue una suma total de dinero en efectivo al alimentario si así lo acordaren los interesados, o lo decidiere el juez a petición justificada del deudor".

En otras legislaciones se establece que habiéndose decretado la separación de cuerpos por causal de separación de hecho, el cónyuge que solicita la disolución transcurrido el término señalado por ley está en la obligación de garantizar la asistencia económica al otro cónyuge.

2.4. PROBLEMÁTICA DEL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La regulación del divorcio en el Perú como hemos indicado, se encuadra dentro del sistema divorcista (porque existe el divorcio como forma disolutiva del matrimonio, conocido como divorcio absoluto) pero limitado o restringido a causales subjetivas y generalmente con efectos de sanción. Por lo tanto el sistema es el que corresponde a la culpa y causa denominado divorcio sanción (diferente al llamado divorcio remedio).

Uno de los problemas que surge en nuestro sistema, es la confusión que existe para creer que se puede propiciar el divorcio convencional o por mutuo disenso. Figura que únicamente se da para la separación de cuerpos.

También se considera como problema, el hecho de que en nuestra legislación se considera las mismas causales tanto para la separación de cuerpos así como para el divorcio, lo que permite utilizar indistintamente para uno y otro propósito, dependiendo de los objetivos que se pretende, si es solamente suspender la vida en común (separación) o la disolución definitiva del matrimonio (divorcio). En estos casos la toma de decisiones dependerá de una adecuada orientación a los cónyuges, si es interdisciplinaria mejor (psicológica, religiosa, jurídica, pedagógica etc.).

Por otra parte, se suele comprobar que en el campo procesal también existen algunas confusiones, esencialmente en la etapa de la postulación del proceso. Es por eso que se recomienda hacer el tratamiento de las causales tomando en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) Precisar la naturaleza de las causales,
- 2) Proponer el empleo de un adecuado medio probatorio y



3) Detectar la ineficacia de las causales.

En cuanto a la naturaleza de las causales existen por ejemplo, el adulterio, el atentado contra la vida del otro cónyuge, la injuria grave, o el abandono injustificado del hogar conyugal. En relación al adulterio, tiene que definirse con precisión la relación sexual voluntaria de uno de los cónyuges con persona distinta del otro. Qué amplitud puede tener el término de relación sexual, serán considerados también los actos contra el pudor, o la recientemente denominada "relaciones impropias". De igual manera, la voluntariedad para realizar dichos actos sexuales.

En la figura de la injuria grave, conviene precisar la ofensa directa, propósito deliberado de causar menoscabo en la persona o la familia de uno de los cónyuges. Esta causal es muy amplia en su interpretación. En relación al atentado contra la vida del otro cónyuge, es preciso aplicar los criterios del campo penal para la tentativa de homicidio, y no solamente llevarse de referencias que existe sobre la intención de matar. Sobre el abandono injustificado del hogar conyugal, se requiere que sea injustificado, lo que de por sí ya representa una dificultad probatoria, y que además se acredite que existió hogar conyugal.

Si para determinar la naturaleza de cada causal existe dificultad, que dependerá de cada caso en particular, es más complicado proponer los medios probatorios idóneos para cada causal. Es por eso que para el adulterio y en general para la mayoría de las otras causales se ha trabajado con las llamadas pruebas directas, aquellas que por sí brindan credibilidad y acreditan un hecho, pero en muchas oportunidades resultará muy difícil encontrar este tipo de prueba por la intimidad personal del acto sexual, por esto se trabaja también con las llamadas pruebas indirectas, que están representados por todos los medios posibles, que unidos recién pueden constituir probanza.

Por último sobre la ineficacia de las causales, es conveniente que se tome en cuenta lo que

se denomina el perdón o conocimiento o consentimiento de las mismas, y el factor tiempo, con la figura de la caducidad a que se refiere el Art. 339° del C.C. "La acción basada en el artículo 333°, incisos 1, 3, 9, y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de expedita mientras subsistan los hechos que la motivan". Todos estos temas, están consideradas en la mayoría de las legislaciones, con los cuales se trata de solucionar, el problema de los cónyuges, sin embargo, como veremos más adelante, la llamada solución no es tal, por cuanto no se ha tomado en cuenta la situación de los hijos, por no decir su participación.

Nuestra ponencia está orientada a buscar la forma mas adecuada para que los hijos no sufran las consecuencias de la mal llamada solución personal de sus padres.

2.5. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN EL PERU.

En el libro Homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez, uno de los más ilustres maestros en materia familiar en el Perú, hemos publicado un artículo titulado¹¹ "La familia y el Ministerio Público en el Perú", en el que analizamos precisamente la intervención del Ministerio Público en los procesos de familia, específicamente en la separación de cuerpos y divorcio. Se sustenta como fuente legal: la Ley Orgánica del Ministerio Público¹², que en su artículo 1° se menciona que el M. P. representa a la sociedad en juicio para defender a la familia. En el artículo 113° del Código Procesal Civil, se señala como atribuciones del Ministerio Público, 1. Como parte; 2. Como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite; y 3. Como dictaminador. El artículo 480° del mismo Código Procesal Civil, se estipula, que las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con



Nelson Reyes Ríos

las particularidades reguladas en este sub-capítulo. Y el artículo 481° del mismo cuerpo de leyes en mención señala, que el Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este sub-capítulo, y, como tal, no emite dictamen.

En el Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia¹³ se establece lo siguiente: "Dentro del proceso de conocimiento actúa como parte. El Fiscal de Familia está legitimado para contestar y oponerse a convenios que pudieran transgredir derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces.

Como señalamos en nuestra comunicación del abstracto de nuestra ponencia al congreso, existe mucha duda y confusión sobre la intervención del Ministerio Público en estos procesos, efectivamente, en algunos casos contestan la demanda actuando como demandado, que no lo es. En cumplimiento de sus facultades en defensa de la familia y de los niños y adolescentes, nada impide que pueda intervenir de manera especial, velando por un debido proceso, justo, haciendo valer todos los medios para que los niños y adolescentes no sean los más afectados.

3. SITUACIÓN DE LOS HIJOS DE PADRES DIVORCIADOS.

Existen numerosos estudios realizados en diferentes países, debidamente sustentados, que demuestran un hecho real e indiscutible; que generalmente los hijos de padres separados o divorciados son los más afectados, comprometiendo su comportamiento en diferentes áreas, como en el penal, salud, educación etc. En todos los casos, sin excepción, se encontró como factor negativo principal, el impacto psicológico que sufren los hijos al enterarse que sus padres están distanciados, o en vías de separación legal o de divorcio. El impacto será de mayor o menor grado, dependiendo de muchos factores, como la edad, el medio donde se desenvuelven, la forma de educación y otros. Todos sufren la llamada enfermedad psicosomática, que puede ir desde desarreglos estomacales, dolores de cabeza, ex-

tremidades y muchos más como lo explican los especialistas.

Para los efectos de nuestro trabajo, primero mostraremos algunas de las situaciones más críticas sobre este hecho en el Perú.

EN EL CAMPO PENAL: En el desarrollo de las diligencias judiciales, solo de un mes, correspondiente al año 2000¹⁴, al tomarles sus datos personales y situación familiar, tanto en los llamados delincuentes juveniles y de los adultos, el 70% de los juveniles y 60% de los adultos, provenían de padres separados o divorciados, a parte de los que habían sufrido abandono.

EN ÁMBITO EDUCATIVO: También es sorprendente comprobar que los hijos de padres separados o divorciados, son los que generalmente tienen problemas de aprendizaje, desaprobando los cursos, o incidiendo en deserción progresiva de los centros educativos, así como también se han observado que dichos hijos presentan menor autoestima.

A nivel internacional, por limitaciones de espacio en el presente trabajo, solo presentamos dos informes.

3.1. SOBRE EL DIVORCIO. LAS DIMENSIONES DEL PROBLEMA A NIVEL PSICOLÓGICO¹⁵

Que nos proporciona American Academy of Child and Adolescent, encontramos lo siguiente: "Los padres que se están divorciando se preocupan a menudo acerca del efecto que el divorcio tendrá en sus hijos... Los padres se preocupan principalmente por sus propios problemas, pero a la vez están conscientes de que son las personas más importantes en la vida de sus hijos... Los niños pueden creer que son la causa del conflicto entre sus padres. Muchos niños tratan de hacerse responsables de reconciliar a sus padres y muchas veces se sacrifican así mismos en el proceso. La pérdida traumática de uno o de ambos padres debido al divorcio puede hacerlos vulnerables a enfermedades físicas y mentales... Los padres deben percatarse de las señales de estrés persistentes en sus hijos. Estas señales pueden incluir la falta de interés en la es-



cuela, por los amigos o aún al entretenerse. Otros indicios son el dormir muy poco o demasiado y el ser rebeldes y argumentativos con los familiares." Resulta interesante comprobar, algunas cifras resultado de investigaciones realizadas.

"En los Estados Unidos, uno de cada dos matrimonios se divorcian. En Inglaterra y Francia, uno de cada tres. Ejemplos que son significativos de cómo el divorcio avanza en los países desarrollados. Más del 40% de los niños de estos países, vivirán con sus padres durante su primera etapa de la niñez y- luego de un divorcio- con uno de sus padres y su nueva pareja, en la segunda etapa de su vida. La intensidad de las emociones, el dolor, las ofensas, el rencor y otros sentimientos provocan un daño profundo en la pareja difícil de recuperar. Por otro lado, la victimización de los hijos atrapados en la "batalla conyugal", produce deterioros psicológicos irreparables en la psiquis de los menores.

"En el departamento de psiquiatría de la Universidad de Michigan se encontró que los hijos de divorciados eran tratados en una proporción de dos a uno con la población general. Estos niños sufrían, en la mayoría de los casos, síntomas asociados a la falta de control en la agresión. En los más pequeños, la agresividad era contra los padres separados y los hermanos. En los mayores, ya adolescentes, el problema tomaba forma de actos antisociales y de delincuencia, así como alcoholismo y adicción a las drogas. En los casos de las hijas de divorciadas adolescentes se encontró frecuencia de promiscuidad sexual, en mayor proporción que las hijas de matrimonios no divorciados.

En un estudio de seguimiento de muestra nacional de 5.362 niños nacidos en la misma semana de 1946 en Inglaterra, se encontró que el 36.5% de los hombres cuyas familias se habían visto afectadas por un divorcio o separación antes de los cinco años, sufrían algún tipo de psicopatología o falta de ajuste social y fueron hospitalizados antes de los 26 años por enfermedades psiquiátricas de tipo afectivo o por úlceras gástricas, colitis, o se hicieron delincuentes hacia los 21 años; comparados con el 17.9% de los hombres provenientes de familias no di-

vorciadas. En este mismo estudio de Wadsworth, Pekham y Taylor (1985), también se encontró que el 26.3% de las mujeres cuyas familias se rompieron antes de los 5 años, fueron hospitalizadas por enfermedades psiquiátricas o por úlceras gástricas, o se hicieron delincuentes hacia los 21 años o se separaron o divorciaron antes de los 26 o tuvieron hijos ilegítimos, comparadas con el 9.6% de las familias que no sufrieron divorcio. El 29% de los hombres cuyas familias se rompieron antes de que cumplieran 16 años, sufrieron antes de los 26 años, problemas psicopatológicos o de inadaptación social o se divorciaron o separaron antes de los 26 años, comparados con el 18% de los hombres de familias intactas. El 21% de las mujeres cuyos padres se divorciaron antes de los 16 años, hacia los 26 sufrieron lo mismo que los hombres o tuvieron hijos ilegítimos, comparadas con el 10.1% de las mujeres de familias no divorciadas. También en este interesante estudio longitudinal se demuestra que los hombres de familia de clase social trabajadora, hijos de padres divorciados, a la edad de 26 años, ganaban de forma significativa menos ingresos si se los comparaba con los hombres de familia no divorciados. Igualmente encontraron que los hijos de ambos sexos, de padres separados, tenían una vida académica significativamente menor que sus pares de familias no divorciadas. Es de hacer notar que los hijos de padres fallecidos tenían poca repercusión en la diferencia en los logros académicos de hijos de padres no divorciados, lo que demuestra que el divorcio impacta aún más psicológicamente que la muerte de los seres queridos.

Ahora bien, lo que tendríamos que preguntarnos es si el daño lo provoca la ausencia de uno de los padres o el propio trauma del divorcio. Si observamos que el daño en los hijos de padres fallecidos no es igual al de los hijos de padres divorciados, podríamos concluir que más que la falta de uno de los padres es posiblemente los elementos que componen la crisis del divorcio lo que traumaría irreversiblemente a los hijos".



4.2. INFORME SOBRE HIJOS DE PADRES DIVORCIADOS.

Sobre el tema tratado, encontramos que una psicóloga de California en los Estados Unidos de Norte América, Judith Wallerstein¹⁶ publicó un libro "Ley y Divorcio", en el que tomando como muestra 21 hijos de divorciados, se encontró los siguientes resultados:

- 25% de ellos no han terminado colegio (contra 10% de hijos normales)
- El 60% ha requerido tratamiento psicológico (contra el 30%)
- El 50% ha tenido problemas de alcohol y droga antes de los 15 años
- El 65% tiene una relación conflictiva con el padre (sólo el 5% ha recibido ayuda económica sustancial por parte del padre)
- Pese a que la mayoría pasan los 30 años de edad, apenas el 30% se ha casado.
- Del total de casados, el 50% ya se ha divorciado.

La autora señala que estas cifras son expresión de problemas psicológicos de fondo. Según la experta, aunque las reacciones psicológicas al trauma son diferentes y tan variadas como el número e individuos, existen algunas constantes. En efecto, los hijos de divorciados sufren sentimientos de culpa, ¿se separaron por mi culpa?, irritación y malhumor, y una gran desconfianza o incapacidad para expresar sus sentimientos auténticos en el momento adecuado. La doctora Wallerstein piensa que pedir un cambio global en la sociedad es arar en el mar, sin embargo propone que algunos cambios fundamentales sean introducidos en las legislaciones, para que los hijos también sean tenidos en cuenta.

Respecto a este tema, relacionado con los distintos enfoques que presentarse con los hijos de padres divorciados, no podemos dejar de mencionar un libro publicado por Elizabeth Marquardt¹⁷ el 2005 en New York, basado en un nuevo estudio comparativo nacional, sobre la vida inferior o superior de los niños del Divorcio, o calificando el bien y el mal de los divorcios con felicidad, infelicidad y bajo conflicto, e infelici-

dad y altos conflictos matrimoniales, con cuadros completos según múltiples variables.

PROPUESTA.

Exigir, con la presentación de la demanda de separación o divorcio, un examen interdisciplinario previo, que acredite un tratamiento adecuado respecto de los hijos, según su edad y otras condiciones personales.

CONCLUSIONES:¹⁸

- Cuando los cónyuges deciden por la separación o el divorcio, deben tener en cuenta que el problema es con su pareja, nunca con los hijos
- La única forma en que sus hijos no sufran durante la separación o divorcio, es que los padres estén plenamente conscientes de que deben explicarles claramente la situación a ellos y decirles que independientemente de la decisión que tomen, ambos cónyuges seguirán queriéndolos y adeudándolos.
- Si no hay más remedio que el divorcio, siempre será preferible una separación amistosa que una conflictiva, por el bienestar y seguridad de los hijos y de la propia pareja.
- Hay que hacer un gran esfuerzo para superar el rencor y la rabia, pero es indispensable por el bien de todos.
- Entonces se requiere una adecuada preparación para todos los involucrados a fin de que puedan vivir su nueva vida.

NOTAS:

- 1 Código Civil Peruano- 1852 - Edición Oficial
2. Fernando, GUZMAN FERRER: Código de Procedimientos Civiles del Perú - 1912 - Editorial Cuzco S.A. Lima - Perú - 1982.
3. Max, ARIAS SCHREIBER PEZET.- Exégesis del Código Civil Peruano.- Editores Gaceta Jurídica S.R.L. Lima - Perú. 1997.
4. CHUNGA LA MONJA, Fermín.- Convención sobre los Derechos del Niño. Editorial San Marcos- Lima - Perú - 1996
5. CHUNGA LA MONJA, Fermín.- Código de los Niños y Adolescentes. Editorial San Marcos- Lima- Perú. 1996.
6. Código de Familia de Cuba.- Edición oficial.
7. Código de Familia de Panamá (ley N° 3 del 17-5-94). Publicado Gaceta Oficial 22591-



- el 1 de Agosto de 1994
8. Código de Familia El Salvador. Ediciones Último Decenio 1993.
 9. BELLUSCIO, Augusto. - Ponencia sobre la compensación económica de los cónyuges. - Congreso Mundial - Derecho de Familia. Caracas - Venezuela 1994
 10. Opt. Cit.
 11. Nelson Reyes Ríos. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, «La Familia y el Ministerio Público en el Perú. 1990
 12. Decreto Legislativo 52. Ley Orgánica del Ministerio Público del Perú.
 13. Manual de Procedimiento de las Fiscalías de Familia. Ministerio Público. 2006
 14. Actas de diligencias judiciales del año 2000. Corte Superior de Lima. Perú.
 15. www.inteligencia-emocional.org
 16. Judith Wallerstein. Ley y Divorcio
 17. Elizabeth Marquardt. Entre dos mundos. Crown Publishers. New York. 2005
 18. American Academy of Child and Adolescent
- BIBLIOGRAFÍA:**
- Actas de diligencias judiciales del año 2000. Corte Superior de Lima.
- American Academy of Child and Adolescent
- BELLUSCIO, Augusto. - Ponencia sobre la compensación económica de los cónyuges. - Congreso Mundial - Derecho de Familia. Caracas - Venezuela 1994
- CHUNGA LA MONJA, Fermín. - Código de los Niños y Adolescentes. Editorial San Marcos- Lima- Perú. 1996.
- CHUNGA LA MONJA, Fermín. - Convención sobre los Derechos del Niño. Editorial San Marcos- Lima - Perú - 1996
- Código Civil Peruano- 1852 - Edición Oficial.
- Código de Familia de Cuba.- Edición oficial.
- Código de Familia de Panamá (ley N° 3 del 17-5-94). Publicado Gaceta Oficial. 22591- el 1 de Agosto de 1994
- Código de Familia El Salvador. Ediciones Último Decenio 1993.
- Convención sobre los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.
- Declaración de los Derechos Humanos: Suscrita por la Organización de Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948
- Decreto Legislativo 52. Ley Orgánica del Ministerio Público. Perú. Edición Oficial.
- Elizabeth Marquardt. Entre dos mundos. Crown Publishers. New York. 2005
- Fernando, GUZMAN FERRER: Código de Procedimientos Civiles del Perú - 1912. Editorial Cuzco S.A. Lima - Perú - 1982.
- HECTOR CORNEJO CHAVEZ, Derecho Familiar Peruano. 19981
- Judith Wallerstein. Ley y Divorcio
- JULIAN GÜITRON FUENTEVILLA. Que es El Derecho Familiar. 1992. México.
- LUIS CASTILLO CÓRDOVA, Elementos de una teoría general de los Derechos constitucionales. Perú. 2003.
- Manual de Procedimiento de las Fiscalías de Familia. Ministerio Público. 2006
- Max, ARIAS SCHREIBER PEZET. - Exégesis del Código Civil Peruano.- Editores Gaceta Jurídica S.R.L. Lima - Perú. 1997.
- Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1996.
- REYES RÍOS NELSON. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, «La Familia y el Ministerio Público en el Perú. 1990
- www.inteligencia-emocional.org