

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSGRADO DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO DE DERECHO



**SUPRESIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO
PARTE, EN EL PROCESO JUDICIAL DE DIVORCIO**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO

EN DERECHO, CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL EMPRESARIAL

AUTOR: BACH. MANUEL ERRIVARES LAUREANO

ASESOR: DR. HENRY ARMANDO CARBAJAL SÁNCHEZ

Trujillo – Perú

2017

DEDICATORIA

A, mis padres Felipe Gustavo y Fredesvinda, por su formación ejemplar y comprensión en los momentos que no he podido estar con ellos.

A, mis hijos Carmen Carolina y Roxana Milagros Errivares Alvarado; Manuel Gustavo, Niltón Anthony y Zamir Humberto Errivares Rivera; anhelando que en la época que les llegue el reto, me superen en el estudio del Derecho o en la carrera profesional de su vocación

AGRADECIMIENTO

Mi más sincero y eterno agradecimiento a todas y cada una de las personas que contribuyeron en la realización del presente trabajo de investigación.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

Conforme al Reglamento de Grados de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego, someto a vuestra consideración el presente trabajo de investigación titulado: **“SUPRESIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO PARTE, EN EL PROCESO JUDICIAL DE DIVORCIO”**, con el objetivo de obtener el grado académico de Maestro en Derecho, con mención en Derecho Civil Empresarial, el cual ha sido realizado de manera consciente y esforzada, esperando reúna los requisitos y formalidades que se exigen.

.....
BR. MANUEL ERRIVARES LAUREANO

RESUMEN

La Tesis denominada “Supresión de la Intervención del Ministerio Público como Parte, en el Proceso Judicial de Divorcio”, responde a la necesidad de determinar el sustento para suprimir la intervención del Ministerio Público como parte, en el proceso judicial de divorcio; analizando los alcances de la legislación nacional, a fin de determinar sí el Ministerio Público, como parte en el proceso judicial de divorcio argumenta alguna pretensión; determinar, sí el Ministerio Público puede accionar todos los medios técnicos de defensa como parte; determinar los supuestos, relacionados con la disolución del vínculo matrimonial, en que el Ministerio Público debe intervenir como parte; pero con atribuciones y facultades que le permita cumplir un rol mucho más proactivo y no meramente formalista; y, determinar los efectos de la supresión de la intervención del Ministerio Público como parte en los procesos judiciales de divorcio, en concordancia con los principios de economía y celeridad procesal y el derecho de tutela jurisdiccional efectiva.

En este sentido, la formulación de nuestro problema es el siguiente: ¿Cuál es el sustento para suprimir la intervención del Ministerio Público como parte, en el proceso judicial de divorcio?, para lo cual proponemos la siguiente hipótesis: La actuación muy limitada y meramente formalista, constituye el sustento para suprimir la intervención del Ministerio Público, como parte en el proceso judicial de divorcio.

En este orden de ideas, nos abocamos al estudio de la Doctrina, Legislación y el análisis de casos judiciales, para demostrar dicha hipótesis, dado que es innegable que en la actualidad, el Poder Judicial en nuestro país, viene atravesando por una crisis de confiabilidad y seguridad ante la Sociedad Civil, por diferentes causas; entre otras, por la dificultad de resolver los procesos judiciales, no solo en el tiempo que la propia Ley establece, si no en tiempo incierto, generando un retardo en la administración de justicia; de ahí la necesidad y la exigencia de aquella Sociedad porque los procesos sean resueltos de manera más ágil y oportuna en clara efectivización de los Principios de economía y celeridad procesal.

El Ministerio Público no es ajeno a esta problemática, que se agudiza con la elevada carga procesal que ostenta; déficit presupuestal que incide en sus recursos logísticos, como de personal (que incluye el reducido número de Fiscales); por ello, si bien como defensor de la Legalidad en nuestra legislación, se hace necesaria una exhaustiva revisión de todos aquellos supuestos en los que si bien por mandato de la propia Ley debe intervenir; tal intervención debe corresponder a una real necesidad.

Es así; como se advierte que, el Ministerio Público es parte en el proceso judicial de Divorcio, es decir en aquel destinado a disolver el matrimonio, un acto en el que no intervino y en el que no existiendo descendencia, ni adquirido bienes respecto el régimen patrimonial conyugal, por repartir; que además es un proceso que se inicia y tramita a instancia de parte, constituyendo una mera formalidad; de ahí la necesidad de la investigación de suprimir su intervención, como en los de Separación de cuerpos, Separación Convencional, incidiendo que tal intervención debe continuar en aquellos procesos donde se advierta la presencia de niños y adolescentes en situación de riesgo, o abandono, y cuando se trate de incapaces sin discernimiento, y en los casos de protección patrimonial de éstos; con tal propuesta esperamos reconducir esfuerzos y recursos a otros procesos, disminuyendo la carga procesal tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial y hacer más efectiva la Tutela Jurisdiccional Efectiva de los cónyuges al poner fin sin mayor dilación, el matrimonio.

ABSTRACT

the thesis called "Removal of the intervention of the public prosecutor as part in the Judicial process of divorce", responds to the need of determining support to abolish the intervention of the Attorney General as a party to the judicial process of divorce; analyzing the scope of the national legislation, to determine if the public prosecutor, as part in the judicial process of divorce argues any claim; determine, if the public prosecutor can trigger all the technical means of Defense as a part; determine the assumptions, related to the dissolution of the marriage, in which the public prosecutor must intervene as a party; but with powers and faculties enabling him to fulfill a much more proactive role and not merely formalistic; and, to determine the effects of the abolition of the intervention of the Attorney General as a party to the judicial proceedings for divorce, in accordance with the principles of economy and celerity.

In this sense, the formulation of our problem is the following: what is the sustenance to suppress the intervention of the Attorney General as a party to the judicial process of divorce?, for which we propose the following hypothesis: purely formalistic, and very limited action constitutes the livelihood to suppress the intervention of the public prosecutor, as a party to the judicial process of divorce.

In this vein, we placed our attention basic to the study of the doctrine, legislation and analysis of court cases, to prove this hypothesis, since it is undeniable that today, the judiciary in our country, comes through a crisis of reliability and safety to civil society, for various reasons; among other things, because of the difficulty of resolving judicial processes, not only at the time that the law establishes, if not in uncertain time, causing a delay in the administration of Justice; Hence the need and the demand of the society because it processes are solved more agile and timely clear most of the principles of procedural speed and economy.

The public prosecutor's Office is no stranger to this problem, which is exacerbated with the high procedural burden that holds; budget deficit that

affects its logistical resources, as of staff, (which includes the small number of prosecutors); for this reason, even though as defender of legality in our legislation, is required an in-depth review of all those cases in which although mandated by the law must intervene; such intervention should correspond to a real need.

It is thus; as warns that the Public Ministry is part in the judicial process of divorce, i.e. at that destined to dissolve the marriage, an act which did not intervene and that there are no offspring, or acquired assets in its respect marital regime, for distributing; It is also a process that is initiated and processed on request, constituting a mere formality; Hence the need for the research of suppressing their intervention, as in the separation of bodies, Separating conventional, stressing that such intervention should continue in those processes where be warned the presence of children and adolescents in situation of risk or abandonment, and in the case of incapacitated people without discernment, and in cases of asset protection with this proposal we hope to redirect efforts and resources to other processes, reducing the procedural burden both prosecutors and the judiciary and make more effective the spouses effective jurisdictional tutelage to end without further delay, the marriage.

TABLA DE CONTENIDOS

PÁGINAS PRELIMINARES

1. PORTADA O CARATULA	i
2. DEDICATORIA.....	ii
4. AGRADECIMIENTO.....	iii
5. PRESENTACIÓN	iv
6. RESUMEN	v
7. ABSTRACT	vii
8. TABLA DE CONTENIDOS	ix

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	2
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	2
2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	3
3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	4
4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:	5
5. HIPÓTESIS:	5
6. OBJETIVOS:	6
a) General:.....	6
b) Específicos:	6
7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	6
7.1 POR SU FINALIDAD	6
7.2 POR SU PROFUNDIDAD	6
8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	7
8.1 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	7
8.1.1 MÉTODO CIENTIFICO	7
8.1.2. MÉTODOS LÓGICOS.....	7
8.1.2.1 MÉTODO ANALÍTICO – SINTÉTICO.....	7
8.1.2.2 MÉTODO HISTÓRICO.....	8
8.1.2.3 MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO.....	8

8.1.3. MÉTODOS JURÍDICOS	8
8.1.3.1 MÉTODO DOCTRINARIO.....	8
8.1.3.2 MÉTODO INTERPRETATIVO.....	9
8.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.	9
8.2.1 ANÁLISIS DE DOCUMENTOS.....	9
8.2.2 OBSERVACIÓN.	9
9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	9
10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.	10
11. DISEÑO DE PROCESAMIENTO.	10
12. PRESENTACIÓN DE DATOS.....	11
13. JUSTIFICACIÓN	13

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO.....	14
SUB CAPITULO I	15
1. MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FAMILIA.....	16
1.1 CLASES DE NORMAS CONSTITUCIONALES.	16
1.1.1 DECLARATIVAS:	16
1.1.2 OPERATIVAS:.....	16
1.1.3 PROGRAMÁTICAS:	17
1.2 EFECTOS JURÍDICOS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.....	17
2. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO DE FAMILIA	18
2.1 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN FAMILIAR.....	19
2.2 PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA DE LOS CÓNYUGES.....	20

SUB CAPITULO II

EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO.	22
1. EL MATRIMONIO.....	23
1.1 CONCEPTO	23
1.2 EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO.	24

1.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO.	24
1.4 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL.....	25
1.5 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.	26
2. EL DIVORCIO	26
2.1 HISTORIA DEL DIVORCIO	26
2.2 CONCEPTO DE DIVORCIO	28
2.3 NULIDAD DE MATRIMONIO	29
2.4 CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	29
2.5 SEPARACIÓN CONVENCIONAL	32
2.6 LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y EL DIVORCIO ULTERIOR EN SEDE MUNICIPAL Y NOTARIAL	34
2.7 EL DIVORCIO ULTERIOR.	35

SUB CAPITULO III:

EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.....	38
EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.....	39
1.EL DIVORCIO ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: DIVORCIOS AMIGABLES, SIN FISCAL.	39
2. EL DIVORCIO EN REPÚBLICA DOMINICANA	43
3. EL DIVORCIO EN COSTA RICA	46

SUB CAPITULO IV

EL DEBIDO PROCESO	47
1. INTRODUCCIÓN.....	48
2. JUICIO Y ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	49
3. PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCESO.	50
4. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO.	51
4.1 DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LEY	51
4.2 DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL.....	52
4.3 LEGALIDAD DE LA SENTENCIA JUDICIAL.....	52
4.4 DERECHO A ASISTENCIA LETRADA	52
5. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y EL DEBIDO PROCESO	53
6. PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL	54

7. EL FACTOR TIEMPO: SUS PROBLEMAS	55
--	----

SUB CAPITULO V

LAS PARTES EN EL PROCESO	57
1. INTRODUCCIÓN.....	58
2. CONCEPTO	59
3. LAS PARTES	61
4. CAPACIDAD PARA SER PARTE EN EL PROCESO	62
4.1 EL INTERÉS PARA OBRAR.	62
4.2 LEGITIMIDAD PARA OBRAR	63

SUB CAPITULO VI

EL MINISTERIO PÚBLICO	74
1. AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO	75
2. LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO	76
3 COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN (CERIAJUS).....	79
4. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL MINISTERIO PÚBLICO	82

SUB CAPITULO VII

EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL .	83
1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE FORMA	84
2. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE FONDO O MATERIALES	84

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES	87
---	----

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN DE RESULTADOS	92
CONCLUSIONES.....	94
RECOMENDACIÓN	95
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	98
ANEXOS.....	100

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA; 2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN; 3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA;
4. ENUNCIADO DEL ROBLEMA; 5. HIPÓTESIS; 6. OBJETIVOS
7. TIPO DE INVESTIGACIÓN; 8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN; 9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS; 10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN;
11. DISEÑO DE PROCESAMIENTO; 12. PRESENTACIÓN DE DATOS;
13. JUSTIFICACIÓN.

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La problemática que abarca esta investigación, surge de la necesidad de una modificación del artículo 481° del Código Procesal Civil, al prescribir genéricamente, que el Ministerio Público es parte en los Procesos de Separación de Cuerpos o Divorcio Ulterior.

Existe una contradicción entre el artículo 481°, del Código Procesal Civil, antes citado y el artículo 480° del mismo Código, el cual prescribe que estos procesos se impulsarán sólo a petición de parte.

En la casuística judicial actual, el Ministerio Público siendo parte en el proceso, tiene una actuación muy limitada, pues solamente absuelve la demanda y concurre a la audiencia, pero no impulsa el proceso; no solicita la declaración de rebeldía del cónyuge que no absuelve el traslado de la demanda; y tampoco solicita fecha para audiencia.

La facultad de impulsar el proceso civil, es exclusiva de los cónyuges, conforme lo prescribe taxativamente el artículo 480, del Código Procesal Civil; pues, en primer lugar, la separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; en segundo lugar, se ha producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, es decir, la naturaleza de esta causal no se sustenta necesariamente en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado.

Además, el artículo 354 del Código Civil, establece que transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial; igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Existe jurisprudencia al respecto en el sentido que, la norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular su petición de divorcio.

El Juzgado Mixto, Civil o de Familia, expide la sentencia de divorcio ulterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 354, del Código Procesal Civil, sin audiencia, y por consiguiente sin la intervención del representante del Ministerio Público.

En la actualidad, podemos observar en el Poder Judicial y el Ministerio Público, la problemática cuando se trata de un proceso de Divorcio por causal de Separación de Cuerpos, por Separación de Hecho.

En primer lugar, el Ministerio Público actúa en cumplimiento del artículo 481 del Código Procesal Civil, pero enfrenta una situación difícil en su función de absolver la demanda, pues no conoce a los cónyuges, y menos conoce los hechos de la difícil realidad de quienes viven en pareja, pues el matrimonio es la relación privada de dos personas de diferente sexo, y no será compartida con terceros.

Por consiguiente, el Ministerio Público no conoce la realidad del *modus vivendi* de los cónyuges, y en consecuencia no tiene la suficiente fundamentación fáctica que exige el artículo 442, inciso 4 del Código Procesal Civil para intervenir.

La absolución del Ministerio Público, con respecto a la demanda de uno de los cónyuges, se convierte en una simple formalidad que no va a influir en el resultado de la sentencia; pues, el Juez analiza la causal invocada por uno o ambos cónyuges para dar fin a su vínculo matrimonial, y valora las pruebas aportadas por las partes; siendo el caso que el Ministerio Público se limita a recoger las pruebas de los cónyuges, sin aportar prueba nueva alguna.

2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Habiendo revisado en las principales bibliotecas locales y algunas de la ciudad de Lima, no hemos encontrado investigaciones relacionadas con la presente; de igual modo, habiendo consultado en nuestra Universidad Antenor Orrego y de la Universidad Nacional de Trujillo, no existen tesinas y tesis de investigación en

relación al tema planteado, por ello es que se considera que al no existir precedente alguno, la presente investigación constituye un aporte original al Derecho Procesal Civil, motivado por la experiencia del investigador en calidad de Magistrado, en el tema elegido.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La investigación se justifica porque a través de ella se nos permite analizar sistemáticamente el fenómeno jurídico acerca de la intervención del representante del Ministerio Público en los procesos sobre Separación Convencional y Divorcio Ulterior, en los cuales su intervención resulta irrelevante para el fallo del Juez, pues el matrimonio se originó por una relación bilateral de dos personas, en la cual quedó excluida el Ministerio Público.

Se justifica en la medida que existe la necesidad de dejar claramente establecido que en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, merece una modificatoria del artículo 481° del Código Procesal Civil, pues el Ministerio Público no debe intervenir en procesos judiciales donde por decisiones que son exclusivamente privativas de los cónyuges, se decide poner fin al Matrimonio, al separarse de hecho actúan en ejercicio del derecho a su libertad y de sus intereses personales y/o patrimoniales dentro de los límites que la ley establece.

El Ministerio Público en la casuística de procesos de divorcio, solamente reproduce argumentos de plantilla en computadora, pues al absolver el traslado de la demanda se limita a opinar que; *“a fin de preservar la estabilidad y permanencia de la relación conyugal, debe optar por otras alternativas distintas a la que representa la Disolución del Vínculo matrimonial, tratando de salvar su matrimonio”*.

Se justifica el problema porque se requiere que el Congreso analice esta problemática, modifique las Leyes, y con ello se agilizaría más los procesos judiciales de divorcio.

Se debe hacer excepción, cuando se trate de niños y adolescentes en situación de riesgo, o abandono, y cuando se trate de incapaces sin discernimiento, y en los casos de protección patrimonial de éstos.

Tal como se podrá apreciar y comprobar en la realidad jurídico procesal, existen diariamente múltiples casos a nivel nacional, en los cuales el Poder Judicial dedica personal para elaborar cédulas de notificación, personal notificador, gasto de materiales de escritorio entre otros recursos humanos, materiales logísticos, a fin de poner en conocimiento del representante del Ministerio Público, la existencia de una pretensión civil sobre Divorcio por Causal, Separación de Cuerpos por Separación de Hecho.

Luego de lo cual, el Fiscal designado para el caso, deberá dedicar parte de su tiempo en elaborar la contestación de demanda, y asistir a la audiencia, dejando pendiente su Despacho para otros asuntos de mayor prioridad, además del gasto de materiales de escritorio, que afectan al Estado y a sus recursos.

En realidad, el divorcio es una pretensión de los cónyuges que buscan Tutela Jurisdiccional a fin de dar por fenecida su relación conyugal, sociedad de gananciales, por tratarse de una situación irreversible; en ciertos casos, los justiciables desean regularizar o formalizar su nueva vida convivencial.

4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuál es el sustento para suprimir la intervención del Ministerio Público como parte, en el Proceso Judicial de Divorcio?

5. HIPÓTESIS

La actuación muy limitada y meramente formalista, constituye el sustento para suprimir la intervención del Ministerio Público, como parte en el Proceso Judicial de Divorcio.

6. OBJETIVOS

a) General:

Determinar el sustento para suprimir la intervención del Ministerio Público como parte, en el proceso judicial de divorcio.

b) Específicos:

1. Analizar los alcances de la legislación nacional, a fin de determinar si el Ministerio Público, como parte en el proceso judicial de divorcio, argumenta alguna pretensión.
2. Determinar; sí el Ministerio Público en el proceso judicial de divorcio, puede accionar todos los medios técnicos de defensa como parte.
3. Determinar los supuestos, relacionados con la disolución del vínculo matrimonial, en que el Ministerio Público debe intervenir como parte; pero con atribuciones y facultades que le permita cumplir un rol mucho más proactivo y no meramente formalista.
4. Determinar los efectos de la supresión de la intervención del Ministerio Público como parte en los procesos judiciales de divorcio, en concordancia con los principios de economía y celeridad procesal y el derecho de tutela jurisdiccional efectiva.

7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

7.1 POR SU FINALIDAD

La presente investigación es APLICADA, pues tiene como objetivo mejorar el conocimiento per se, más que generar resultados que beneficien a la sociedad en el futuro inmediato.

7.2 POR SU PROFUNDIDAD

La presente investigación es DESCRIPTIVA-EXPLICATIVA.

Es DESCRIPTIVA pues este tipo de investigación busca únicamente describir situaciones o acontecimientos. Para la presente investigación se busca describir el tratamiento actual que viene teniendo la intervención del Ministerio Público como parte en el Proceso Judicial de Divorcio.

Es descriptiva, por cuanto tiene como objetivo central la descripción de fenómenos, empleando métodos descriptivos.

Es EXPLICATIVA, por cuanto es aquella que se efectúa sobre un tema u objeto desconocido o poco estudiado, por lo que sus resultados constituyen una visión aproximada de dicho objeto.

8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.

8.1 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Método es el conjunto de procedimientos que permiten abordar los problemas de investigación con el fin de lograr objetivos trazados. Los métodos empleados en la presente investigación fueron:

8.1.1. MÉTODO CIENTIFICO

La presente investigación ha sido desarrollada a través del Método Científico, comprendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar proposiciones referentes a hechos o estructuras de la naturaleza.

8.1.2. MÉTODOS LÓGICOS.

8.1.2.1 MÉTODO ANALÍTICO – SINTÉTICO.

Método utilizado en la presente investigación, al momento del procesamiento de la información recopilada a través de una variada documentación, en la primera etapa de la investigación, la que seleccionada, se especializó, determinó y precisó los puntos primordiales, teniendo a lo largo del proceso la hipótesis a comprobar; de igual manera

se utilizó para analizar los resultados obtenidos en la investigación, y a su vez, al momento de elaborar los resultados, conclusiones, recomendaciones y resumen del presente trabajo de investigación.

A través del cual en la investigación se efectuó con un criterio pormenorizado y acucioso la obtención de toda la información requerida para enriquecer el marco teórico.

8.1.2.2 MÉTODO HISTÓRICO.

Método utilizado al momento de realizar la búsqueda de antecedentes relacionados al tema de investigación, básicamente en trabajos de investigación previos que guarden relación con el tema.

8.1.2.3 MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO.

Método usado en la recolección de información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular.

De igual modo, el método fue empleado en la elaboración de las conclusiones, para determinar de manera más precisa los resultados de todo el proceso de investigación.

8.1.3. MÉTODOS JURÍDICOS.

8.1.3.1 MÉTODO DOCTRINARIO.

Método empleado para seleccionar información con bases doctrinarias, seleccionando y extrayendo las diferentes posiciones y corrientes relacionadas al tema investigado, tanto de autores nacionales como extranjeros.

8.1.3.2 MÉTODO INTERPRETATIVO.

Método empleado para lograr procesar, analizar y explicar lo prescrito por las normas procesales, relacionados al tema materia de investigación.

8.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

8.2.1 ANÁLISIS DE DOCUMENTOS.

Técnica empleada para el análisis de los diferentes libros doctrinarios relevantes sobre el tema materia de investigación, así como el análisis de la doctrina comparada, las que están relacionadas con el tema de investigación.

Permitió obtener y seleccionar los documentos necesarios en la investigación, recurriendo a la doctrina nacional y comparada.

8.2.2 OBSERVACIÓN.

Técnica empleada para observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis.

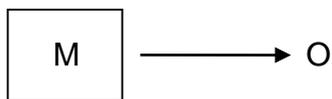
Permitió advertir los datos e incidencias de los asuntos propios de la investigación, permitiendo un acceso directo a los hechos que suceden en la realidad.

9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

En la presente investigación se empleó el diseño descriptivo simple, donde **M** representa una muestra en el cual se va a realizar el estudio y **O** representa la información relevante o de interés que recogemos de la mencionada muestra, debido a que se describe la variable, la detalla desarrollando aspectos conceptuales de las mismas, ello con la finalidad de describir los resultados de la presente investigación.

En relación y función de su naturaleza, nuestro de trabajo no busca controlar la variable sino, obtener información para resolver un problema previamente determinado.

Se puede esquematizar de la siguiente manera:



Dónde:

M = Muestra.

O = Información.

10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

Con la finalidad de recabar la información necesaria para el desarrollo de la investigación, se realizó las siguientes tácticas:

Primer paso: Se recurrió a las principales bibliotecas de la ciudad de Lima, de la ciudad de Trujillo, como la biblioteca central de la Universidad Privada Antenor Orrego, de la Universidad Nacional de Trujillo a fin de recabar la información materializada, comprendida por libros, artículos en la mayor cantidad posible sobre el tema materia de investigación, una vez localizada la información se procedió a su reproducción en copia fotostática.

Segundo paso: Contando con la información bibliográfica obtenida, se procedió a construir los instrumentos.

Tercer paso: Se aplicó las técnicas e instrumentos que permitieron obtener los resultados a fin de realizar la contrastación y comprobación de la hipótesis.

11. DISEÑO DE PROCESAMIENTO.

Respecto al procesamiento de los datos recabados en la investigación, procedimos de la manera siguiente:

Recogida la información acopiada, resultante de aplicar las técnicas de investigación a las unidades de análisis, definidas por el tamaño de la muestra, se procedió a ordenarlas empleando carpetas, las que permitieron desarrollar la tesis de manera organizada. Para luego depurar la información, empleando criterios selectivos que se reflejan en la presente investigación.

12. PRESENTACIÓN DE DATOS.

La presentación de la información recabada en el transcurso de la investigación, se revelan y presentan en 04 Capítulos, los mismos que forman parte de la tesis y son los siguientes:

Capítulo I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Realidad Problemática; Antecedentes del problema de investigación; Justificación de la realidad problemática; Enunciado del Problema; Hipótesis; Objetivos; Tipo de investigación; Métodos, Técnicas, Instrumentos de investigación; Diseño de contrastación de la hipótesis; Tácticas de recolección de información; Diseño de procesamiento; Presentación de datos; Justificación.

Capítulo II: MARCO TEÓRICO

Sub Capítulo I:

MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FAMILIA

Marco constitucional del derecho de familia: Clases de normas constitucionales, Declarativas, Operativas, Programáticas; Efectos jurídicos de las normas constitucionales; Principios básicos del Derecho de Familia: Principio de protección familiar, Principio de igualdad jurídica de los cónyuges.

Sub Capítulo II:

EL MATRIMONIO: Concepto; Efectos jurídicos del matrimonio; Fundamentos Jurídicos del Matrimonio; El Matrimonio como contrato civil; Disolución del Matrimonio. El Divorcio: Historia del divorcio; Concepto de divorcio; Nulidad de Matrimonio; Causales de divorcio en el Código Civil peruano; Separación convencional; La Separación Convencional y el Divorcio Ulterior en sede municipal y notarial; El Divorcio Ulterior.

Sub capítulo III:

EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

El divorcio en Estados Unidos de América: divorcios amigables, sin fiscal, El divorcio en República Dominicana, El divorcio en Costa Rica.

Sub Capítulo IV:

EL DEBIDO PROCESO

Introducción, Juicio y actos de jurisdicción voluntaria, Principios formativos del proceso, Garantías del debido proceso: Derecho al Juez predeterminado por la Ley; Derecho a un Juez imparcial; Legalidad de la sentencia judicial; Derecho a asistencia letrada; La Constitución Política del Perú y el Debido Proceso, Principio de Celeridad Procesal, El factor tiempo: sus problemas.

Sub Capítulo V:

LAS PARTES EN EL PROCESO

Introducción, Concepto, Las partes, Capacidad para ser parte en el proceso, El interés para obrar, La legitimidad para obrar.

Sub Capítulo VI:

EL MINISTERIO PÚBLICO

Autonomía del ministerio público, Ley Orgánica del Ministerio Público. Comisión especial para la reforma integral de la administración (CERIAJUS), la carga de la prueba en el Ministerio Público.

Sub Capítulo VII:

El Ministerio Público y su legitimación en el proceso civil, Los presupuestos procesales de forma; Los presupuestos procesales de fondo o materiales

Capítulo III: ANÁLISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

Capítulo IV:

Discusión de resultados

Conclusiones

Recomendación

Referencias bibliográficas

13.JUSTIFICACIÓN

Punto de vista Jurídico:

El tema materia de investigación constituye un problema para la Ciencia del Derecho, ante la evidente realidad de observar la innecesaria intervención del Ministerio Público en el Proceso Judicial de Divorcio, por lo tanto se busca otorgar mediante su estudio descriptivo, que los casos de Divorcio por causal, Separación de Cuerpos por Separación de Hecho sean más expeditivos, pues el Juez Civil o de Familia es el director del debido proceso, y aplica los principios procesales de legalidad, inmediación, concentración, oralidad y economía procesal.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I

MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FAMILIA

1. *MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FAMILIA: 1.1 CLASES DE NORMAS CONSTITUCIONALES, 1.1.1 DECLARATIVAS, 1.1.2 OPERATIVAS, 1.1.3 PROGRAMATICAS; 1.2 EFECTOS JURÍDICOS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES; 2. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO DE FAMILIA: 2.1 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN FAMILIAR, 2.2 PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA DE LOS CONYUGES.*

1. MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FAMILIA.

Es importante conocer el grado de eficacia jurídica que tienen las normas constitucionales relativas a la familia.

1.1 CLASES DE NORMAS CONSTITUCIONALES.

El jurista Javier Rolando Peralta Andía, en su obra “Derecho Familiar Peruano”, al referirse a los derechos sociales de la familia, hace mención al profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Trujillo, Dr. Gerardo Eto Cruz, para resaltar que las normas constitucionales pueden ser de tres clases:

1.1.1 DECLARATIVAS: Que son formulaciones solemnes que proclaman los principios fundamentales en que se asienta el orden estatal.

Por lo general, están concebidas como pautas rectoras, como programas de acción de todo régimen político, como arquetipos ejemplares de buen gobierno.

Estas normas declarativas en cuanto conciernen al Derecho Familiar, según la Constitución Política del Estado de 1993, son:

El derecho del concebido a ser considerado como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo 2, inciso 1).

El derecho a la intimidad familiar y personal (artículo 2, inciso 7).

El derecho de la madre a la protección de la comunidad y del Estado en caso de desamparo (artículo 4).

El derecho de protección de la niñez, la adolescencia y del anciano en situación de desamparo (artículo 4).

La difusión y promoción de la paternidad y maternidad responsables, así como el derecho de las familias a decidir (artículo 6).

1.1.2 OPERATIVAS: Son aquellas que no precisan de ser reglamentadas ni condicionadas por ningún acto normativo para que se cumplan. Son conocidas como normas auto aplicables, pues cuentan con posibilidad real y jurídica de ser aplicadas inmediatamente.

De acuerdo a la Constitución Política vigente, las normas operativas

vinculadas con el Derecho de Familia, son: a) El derecho a la igualdad jurídica de los cónyuges (artículo 2º, inciso 2); b) La protección de la familia y la promoción del matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (artículo 4; c) La igualdad de derechos y deberes de los hijos (artículo 6); d) La prohibición de toda mención sobre el estado civil de los padres (artículo 6); y, e) La prohibición de toda mención sobre la naturaleza de la filiación en los Registros Civiles y en cualquier otro documento de identidad (artículo 6).

1.1.3 PROGRAMÁTICAS: Son aquellas que no Las normas programáticas, en la Constitución Política del Perú, con relación al Derecho Familiar, son:

a) La prisión por incumplimiento de los deberes alimentarios (artículo 2º, inciso 24 párrafo c); b) La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley (artículo 4º); y, c) La unión estable de un varón y una mujer que forman un hogar de hecho origina una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales (artículo 5º).

1.2 EFECTOS JURÍDICOS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.

El integrante del Tribunal Constitucional, Dr. Landa Arroyo, al hacer referencia que, la expectativa de los ciudadanos ante los poderes públicos a fin de que éstos solventen los derechos sociales reconocidos en la Constitución, presenta dos posiciones:

a) Una, para quienes la normatividad social configura intereses legítimos, más no auténticos derechos subjetivos; en consecuencia, al no constituir un concepto jurídico no se puede derivar derechos ni deberes.

Efectivamente, para esta corriente los derechos familiares están concebidos como pautas de conducta, como metas de todo régimen político, como postulados de un buen gobierno, pero en rigor no cabría plantear una exigencia jurisdiccional obligando a una prestación efectiva.

b) Otra, según la cual, los derechos sociales lejos de constituir normas programáticas, amparan intereses legítimos y jurídicamente relevantes que requieren la tutela por parte del Estado. En ese sentido, los derechos sociales, particularmente los familiares, no son pautas constitucionales llamadas a ser concretizadas por el legislador o la jurisprudencia, sino que, también, constituyen derechos subjetivos para el ciudadano y, sobre todo, obligaciones objetivas que vinculan la formulación de políticas públicas.

Esta última corriente es la posición correcta, de modo que, las normas jurídicas constitucionales sobre derechos sociales cumplen una función garantizadora para los ciudadanos, transformando las obligaciones sociales del Estado contemporáneo en obligaciones jurídicas; es decir, convirtiéndolas en derechos públicos subjetivos accionables por los sujetos, de tal manera que, lo que para el Estado es una norma, para los ciudadanos se convierte en una garantía.

El derecho de petición, está consagrado en el artículo 2º, inciso 20 de la Constitución vigente, según el cual, toda persona tiene derecho a formular peticiones individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que también está obligada a dar una respuesta al interesado, por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

2. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO DE FAMILIA

En su acepción específica, los principios del Derecho de Familia, constituyen las bases o fundamentos del sistema jurídico familiar peruano. En ese sentido, la determinación de los principios es sumamente importante no sólo porque permiten una mayor unidad y coherencia en la elaboración de las normas que regirán la existencia y desenvolvimiento familiar, sino también porque ha de permitir una mejor interpretación y aplicación del derecho positivo.

Sobre estos principios, la doctrina tradicional considera que los Códigos Civiles anteriores al siglo XIX no establecieron con nitidez las ideas rectoras, pero

puede decirse que consagraron ideas como las siguientes:

- La que estima que la familia pertenece al ámbito de lo privado, al terreno de la intimidad y en el que están ausentes los organismos estatales (Derecho Público), lo que no obstaculiza para que algunos intereses puedan ser objeto de protección por parte del Estado.
- La que considera que la relación jurídica familiar no es una cuestión de coordinación sino de subordinación, donde uno de los cónyuges está colocado bajo la potestad y dependencia del otro, generalmente del marido.
- La que supone como algo normal la discriminación de los derechos de los hijos por razón de origen (legítimos e ilegítimos).

En contraste, la Doctrina más actualizada entiende que los ordenamientos familiares deben contener normas generales o de principio que orienten toda la arquitectura jurídico familiar, por eso recogen aspiraciones orientadas a:

- La protección familiar, puesto que la familia se encuentra hoy sumida en una profunda crisis o sujeto a mutaciones, pero que reclaman la urgente atención por parte del Estado y de la Sociedad.
- Hacer realidad el tránsito histórico de la familia jerarquizada hacia una familia igualitaria o de coordinación, donde los desniveles en cuanto a derechos no sean ostensibles.
- Conseguir la total equiparación de los derechos de los hijos dentro y fuera del matrimonio, para hacer patente la igualdad jurídica de sus derechos.

2.1 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN FAMILIAR.

Es un enunciado general que procura el amparo de la Familia y el Matrimonio. Precisamente, el artículo 233 del Código Civil expresa que la regulación de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios proclamados en la Constitución Política del Perú.

El artículo 5º de la Constitución Política del Estado de 1979 señalaba que *“El Estado protege el matrimonio y la familia como una sociedad natural y fundamental de la Nación”*.

Los artículos 6º, 7º y 8º de la misma señalaban que el Estado ampara la paternidad responsable, protege a la madre, al niño, al adolescente y al anciano ante el abandono económico, corporal y moral.

En cambio la actual Constitución Política del Estado de 1993, en el artículo 4º, regula expresamente que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre, al anciano en situación de abandono.

También protege a la familia y promueven el Matrimonio. Pretende ser concisa y pragmática, y en lo que concierne a los derechos familiares significa el remozamiento de sus normas a fin de hacerlas comprensivas, contiene algunas innovaciones.

2.2 PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA DE LOS CÓNYUGES.

Es otro enunciado general que sustenta la normativa jurídico familiar en nuestro país y que consiste en la uniformidad de derechos en todos los dominios de la vida económica, social, cultural, política y jurídica de los cónyuges.

Tiene sustento constitucional en el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución Política del Estado, según el cual, toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley.

Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Este principio también está contenido en el artículo 234º del actual Código Civil, según el cual, el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Consagrado constitucionalmente este principio, ha tenido importantes consecuencias en la regulación familiar y que en el Código Civil actual se expresa básicamente en las relaciones personales, el régimen patrimonial y el ejercicio de la patria potestad.

Así, pues, en cuanto a las relaciones personales, se reconoce el derecho de ambos cónyuges a participar conjuntamente en el gobierno del hogar, fijar y mudar de domicilio de común acuerdo, representar la Sociedad Conyugal frente a terceros, ejercer cualquier profesión o industria fuera del hogar con el asentimiento del otro cónyuge, representar indistintamente en las necesidades de la vida ordinaria del hogar.

En relación con el régimen patrimonial, se reconoce el derecho de los cónyuges en la administración, disposición y gravamen de los bienes sociales, la modificación del régimen patrimonial por cualquiera de ellos.

Por último, con respecto a la Patria Potestad, se reconoce el derecho de ambos cónyuges para ejercerlos sobre los hijos tanto matrimoniales como extramatrimoniales.

:

SUB CAPITULO II
EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO.

- 1. EL MATRIMONIO: 1.1 CONCEPTO; 1.2 EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO;*
1.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO;
1.4 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL; 1.5 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.
- 2. EL DIVORCIO: 2.1 HISTORIA DEL DIVORCIO;*
2.2 CONCEPTO DE DIVORCIO; 2.3 NULIDAD DE MATRIMONIO;
2.4 CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO;
2.5 SEPARACIÓN CONVENCIONAL; 2.6 LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL
Y EL DIVORCIO ULTERIOR EN SEDE MUNICIPAL Y NOTARIAL;
2.7 EL DIVORCIO ULTERIOR.

1. EL MATRIMONIO.

1.1 CONCEPTO.

El Matrimonio es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres. El matrimonio establece entre los cónyuges - y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos - una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

Desde el punto de vista del Derecho Occidental, el Matrimonio constituye una unión de dos personas que tiene por finalidad constituir una familia. Hasta hace pocos años se consideraba un elemento esencial de la definición el hecho que ambos contrayentes deberían ser de sexo opuesto, pero en los últimos tiempos este elemento ha sido objeto de moderaciones debido a la introducción, por algunos ordenamientos, del Matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por su lado, en vista de la información etnográfica obtenida de diversas sociedades, la antropología del parentesco define al Matrimonio como la unión de dos o más personas que cumplen roles heterosexuales - incluso tratándose de matrimonios homosexuales - que en su caso sirve para legitimar la descendencia de una mujer y que establece relaciones de alianza entre los grupos de parentesco de los cuales provienen sus miembros.

El Matrimonio puede ser civil o religioso y, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son distintos. Ahora bien, no todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso, válida sólo en Occidente.

1.2 EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO.

El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a terceras personas, de los cuales los fundamentales son los deberes u obligaciones conyugales, el parentesco, la adquisición de derechos sucesorales entre los cónyuges y el régimen económico del matrimonio, que tiene distintas modalidades en los diferentes países. Además, en varios países produce el derecho a la emancipación del contrayente menor de edad, con lo cual éste queda libre de la Patria Potestad de sus padres y podrá en adelante actuar como si fuera mayor, aunque posteriormente se divorcie.

1.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO.

Las características generales de la institución del Matrimonio incluidas en algunos ordenamientos jurídicos son la dualidad, la heterosexualidad y el contenido en cuanto a derechos y deberes.

- La dualidad del matrimonio, es el principio por el que la institución está prevista, en principio, para unir a dos personas y vincularlas para su convivencia y procreación. En algunos ordenamientos, en especial los de base islámica, se reconoce la posibilidad de que un hombre contraiga matrimonio con más de una mujer. Pero incluso en este caso la institución vincula a una persona con otra, pues las diversas mujeres que un musulmán pueda tener no están unidas, en principio, por ningún nexo matrimonial ni tienen derechos y obligaciones entre sí.
- Tradicionalmente el Matrimonio exige la pertenencia de cada contrayente a uno de ambos sexos, de manera que un hombre y una mujer son los únicos que, en principio, pueden contraer matrimonio. Este principio está siendo modificado en algunos países en favor del principio de igualdad, a fin de reconocer la paridad de derechos y obligaciones entre hombre y mujer y extender los beneficios que implica la institución del matrimonio a parejas formadas por personas del mismo sexo (matrimonio homosexual), lógicamente, ya que hay parejas heterosexuales que se casan y tampoco tienen hijos.

- El contenido en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges varía en función del ordenamiento jurídico de cada país, pero por lo general todos les imponen a los cónyuges la obligación de vivir juntos y guardarse fidelidad, de socorrerse mutuamente, de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y de ejercer conjuntamente la potestad doméstica y la Patria Potestad sobre los hijos, que se presumen comunes salvo prueba en contrario. Las singularidades del contenido del matrimonio en cuanto a derechos y deberes de los cónyuges derivan en cada país de su propia concepción cultural de la institución, que ha dado forma a la misma en su legislación positiva y en su práctica jurídica.

1.4 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL.

Es necesario considerar la preexistencia de una relación vinculante de carácter legal denominado Matrimonio, el cual es considerado como la institución social más importante en la que a través de esta se establece la integración de una familia, derivada de la ley biológica que exige la perpetuidad de la especie humana.

Asimismo, el Matrimonio se podría definir como contrato civil y público, porque tiene la presencia del Estado, y solemne (*ad solemnitatem*) porque necesita requisitos para que tenga validez, el cual es celebrado entre dos personas de sexo diferente (hombre y mujer), con el objetivo de perpetuar la especie.

En el aspecto civil, es considerado como un **contrato** el cual sólo será válido si se ciñe a las normas establecidas por nuestra ley, como contrato este reviste una serie de formas solemnes sancionadas por una autoridad civil en tal carácter contractual podemos asumir que este reviste un carácter de disolubilidad, y es en tal caso que se puede recurrir ante la autoridad para solicitar tal disolución del vínculo, pero además procurando que la autoridad garantice los intereses de los hijos, y de ambos cónyuges, por lo que es de vital importancia el conocimiento de sus derechos con respecto de su persona, bienes e hijos.

1.5 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

El Matrimonio se disuelve por dos razones fundamentales:

- a) **POR LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES:** Esto es acorde con nuestras disposiciones legales vigentes, ante la desaparición física de uno de los esposos, el vínculo entre ambos deja de existir y de producir efectos jurídicos válidos, dando origen a una nueva institución que viene a ser la sucesión intestada, y automáticamente el estado civil de viudez que será declarado directamente en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y los Registros Civiles de la respectiva Municipalidad donde contrajeron matrimonio.

- b) **POR EL DIVORCIO:** Que es el medio que se utiliza como procedimiento especial destinado a lograr el cese de la relación conyugal, observando el principio de legalidad. Aquí, la víctima en la crisis conyugal, acudirá necesariamente a solución heterocompositiva, es decir, necesitará de una tercera persona que será el Juez como órgano jurisdiccional del Poder Judicial, para resolver las demandas que invoquen las causales previstas en los incisos 1 a 12 del artículo 333 del Código Civil; o la víctima también podrá acudir al Notario Público o Municipalidad cuando se trata de separación convencional o acuerdo mutuo de los cónyuges.

2. EL DIVORCIO

2.1 HISTORIA DEL DIVORCIO

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del Matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres.

En muchas sociedades antiguas era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los

cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y podía tener un número determinado de concubinas, pero sólo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente Matrimonio.

En la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En Roma, en el siglo II a. c., el divorcio tuvo similares características que en Grecia, aunque las mujeres que eran ricas por herencia de su padre y descontentas con sus esposos, solían abandonarlos y divorciarse de ellos sin mayores inconvenientes.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los **tribunales eclesiásticos** quienes tramitaban los divorcios, ante grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Sin embargo, la Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma posición debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

En España se admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de esta. Posteriormente Las Siete Partidas lo prohibieron.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley

promulgada, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes.

En el Derecho Romano, la disolución del matrimonio se conocía como **Divortium** y se producía por diversas razones, entre las cuales podemos señalar:

- Por incapacidad matrimonial de cualquiera de los contrayentes;
- Por la muerte de uno de ellos;
- Por Capitís Diminutio;
- Por el incestus superveniens, que ocurría cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno y los cónyuges quedaban en condición de hermanos.
- Por llegar al cargo de Senador quien estuviese casado con una liberta;
- Por la cesación de la Affetio Maritalis, consistente en la voluntad de ambos cónyuges de poner término al matrimonio.

En la legislación francesa no estaba permitido el Divorcio, el Matrimonio era considerado indestructible, eclesiástico y sagrado, pero a partir de la Revolución de 1739, se abrió la posibilidad de dar por terminado al matrimonio mediante el **Divorcio-Contrato** y posteriormente surge el **Divorcio-Sanción**. Fueron asimilando varias ordenanzas que planteaban la posibilidad de pedir el divorcio en los casos de:

- Adulterio.
- Por la muerte de uno de los cónyuges.
- Por la condena a pena criminal.
- El abandono del hogar.
- Los excesos.
- Sevicias.
- Las injurias graves del uno para con el otro.

2.2 CONCEPTO DE DIVORCIO

El Divorcio es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciado por tribunales, a solicitud de uno de los esposos (Divorcio por causa determinada) o de

ambos (Divorcio por mutuo consentimiento) sanción resultante de una acción encaminada a obtener la disolución del matrimonio.

Es decir que el divorcio es sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos, por la intervención de una autoridad judicial facultada por las leyes.

El Divorcio, se puede definir también como "la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer otro matrimonio".

De estas definiciones se desprende lo siguiente:

- El divorcio, igual que la nulidad, debe ser pronunciado por una autoridad judicial;
- Mientras la nulidad tiene carácter retroactivo, salvo la aplicación al matrimonio putativo, el divorcio se limita a la disolución del matrimonio para el porvenir.

2.3 NULIDAD DE MATRIMONIO.

La anulación del matrimonio es un procedimiento distinto del divorcio. Un matrimonio se puede anular cuando en su constitución no se siguió alguna de las formalidades exigidas por la ley o cuando se realizó a pesar de mediar un procedimiento legal. Las causales de divorcio, por el contrario, presuponen un matrimonio válido y surgen una vez constituido éste.

En este sentido podemos concluir diciendo que la nulidad del matrimonio es retroactiva, borra el matrimonio como si éste no hubiese existido jamás, es decir que opera hacia el pasado; y por el contrario el divorcio opera hacia el futuro.

2.4 CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El Dr. Diez Picazo señala que la separación de cuerpos es aquella situación del Matrimonio, en la que subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados y se transforma el régimen

jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones (*entiéndase cese del régimen patrimonial de sociedad de gananciales*), obedeciendo al hecho que determina un alejamiento o distanciamiento personal. Tengamos en cuenta que por la separación de cuerpos no se extingue aun definitivamente el vínculo matrimonial, ya que éste solo podrá ser disuelto en una segunda sentencia denominada divorcio ulterior.

La separación de cuerpos es una institución del derecho de familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por una decisión judicial y como consecuencia se suspenden los deberes relativos al lecho y la habitación y se pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Nuestro actual Código Civil al respecto ha establecido las causas para que se accione esta institución; así pues, las causales de separación de cuerpos y/o divorcio se encuentran taxativamente prescritas en el artículo 333°, inciso 1 a 12 del Código Civil:

- 1) El adulterio.
- 2) La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
- 3) El atentado contra la vida del cónyuge.
- 4) La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
- 5) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
- 6) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- 7) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
- 8) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
- 9) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- 10) La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- 11) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en

proceso judicial.

- 12) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del Código Civil, es decir, ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.

- 13) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, concordante el artículo 2º de la Ley N° 27495, del 7 de julio de 2001.

Es conveniente distinguir la separación de cuerpos, del divorcio.

- a) La separación personal busca obtener el cese de la obligación de los esposos de “cohabitar” es decir, ya no estarán en la obligación de vivir juntos, o si viven juntos bajo un mismo techo, ya no estarán obligados a compartir el mismo lecho; pero no disuelve el vínculo matrimonial, por lo que los “separados” siguen legalmente casados.
- b) Distinto es el caso del divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y hace posible que los ex esposos puedan casarse nuevamente.

Tanto en el caso de la separación de cuerpos como en el divorcio, finaliza el régimen de gananciales y los bienes que los esposos hayan adquirido durante su matrimonio deben dividirse o en todo caso debe realizarse un acuerdo sobre su destino.

La sentencia de separación de cuerpos puede obtenerse por mutuo acuerdo de los esposos (artículo 333 inciso 13) luego de haber estado casados por lo menos dos años. Si desearan que la sentencia de separación se convierta en divorcio, al cabo de seis meses de obtenida la misma, cualquiera de ellos puede pedirle al Juez que se convierta en sentencia de “divorcio”.

En consecuencia, el divorcio no puede ser de mutuo acuerdo, sino que primero tiene que obtenerse la separación de cuerpos.

Haciendo un comentario del artículo 333 inciso 12 del Código Civil, La separación de cuerpos y el divorcio pueden obtenerse por “la separación de hecho” en caso los esposos hubieren estado separados por dos años, o cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

En este caso, cualquiera podría demandar ante el Juez ya sea la separación de cuerpos o el divorcio. Este plazo se eleva a cuatro años si existieran hijos menores de edad.

En los procesos por “separación de hecho”, previsto en el artículo 333, inciso 12 del Código Civil, el Juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, así como la de sus hijos.

Así mismo, podrá señalar una indemnización por daño u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal.

Todo esto porque independientemente de que el Juez admita la existencia de la separación de hecho, cualquiera de los cónyuges puede alegar que no dio causa a la separación, con el propósito de que se preserven sus derechos a recibir beneficios propios del que gana un juicio de separación, o divorcio por cualquiera de las causales del artículo 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil.

2.5 SEPARACIÓN CONVENCIONAL

La Separación Convencional, se podría entender como aquella referida a una de las causales prevista en el inciso 13 del artículo 333° del Código Civil que permite a los cónyuges, de manera conjunta, solicitar la separación de cuerpos debido a que existe mutuo consentimiento, lo que evitaría la inculpación recíproca de los cónyuges para obtener la sentencia final, pero

para solicitarla la ley prevé un plazo mínimo de duración del matrimonio, es decir, que exista entre los cónyuges la Separación Convencional después de haber transcurrido dos años de la celebración del Matrimonio.

Nuestro Código Civil, en el artículo 333, inciso 13, considera a la Separación Convencional como causal para poder demandar la Separación de Cuerpos, pero existe un condicionamiento dentro de éste precitado articulado, pues se requiere que hayan transcurrido dos años de celebrado el Matrimonio, y cuatro años cuando hay hijos menores de edad.

El legislador ha considerado que éstos dos años resulta ser un tiempo necesario para que los cónyuges tomen conciencia y mediten sobre una decisión que podrían incluso, tomarla precipitadamente, lo que ello traería como consecuencia que la relación conyugal se desquebraje.

El legislador ha considerado necesario este lapso de tiempo para que los cónyuges puedan reflexionar sus decisiones apresuradas que puedan tomar ante conflictos y problemas que puedan surgir con el fin de evitar que éstos den por terminado la relación conyugal.

Para la interposición de la demanda, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, conforme lo establece el artículo 344 del Código Civil, es decir, debe ser interpuesta necesariamente de manera conjunta.

Al respecto, el Código Procesal Civil, en su artículo 575, prescribe que la demanda debe presentarse con la propuesta de convenio donde se regula los regímenes familiares de los cónyuges.

Este convenio de los cónyuges es exigido como requisito especial para la demanda; dicho convenio contendrá todo lo referente al régimen de la Patria Potestad, de alimentos y liquidación de sociedad de gananciales.

La sentencia judicial, conforme a lo previsto en el artículo 579 del Código Adjetivo, va a acoger el contenido del convenio propuesto por los cónyuges

de manera conjunta, siempre que dicho convenio asegure los derechos de los hijos menores o incapaces, la obligación alimentaria y patria potestad.

2.6 LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y EL DIVORCIO ULTERIOR EN SEDE MUNICIPAL Y NOTARIAL

El 16 de mayo de 2008 fue publicada la Ley N° 29227 que regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior, en las Municipalidades y Notarías, asimismo el 13 de junio del mismo año se publicó su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009- 2008-JUS; siendo que, a partir de la vigencia de la citada Ley, existe la alternativa para los cónyuges de acudir a las Municipalidades y Notarías.

La Ley N° 29227 y su Reglamento permiten que la Separación Convencional sea solicitada por los cónyuges después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio, además deben de cumplir con una serie de requisitos que se encuentran establecidos en el artículo 4° de la precitada Ley y en el artículo 5° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009- 2008-JUS.

Es objeto de la Ley N° 29227 y su Reglamento, que disminuya la carga procesal en el Poder Judicial por estos tipos de procesos, pues como se sabe no generan mayor controversia por el simple hecho de que los cónyuges están de acuerdo. Cuando la Ley fue presentada como proyecto ante el Congreso, se sostuvo que, para contraer Matrimonio Civil, es necesaria la declaración de voluntad en forma oral o escrita ante el Alcalde Provincial o Distrital del domicilio de cualquiera de los solicitantes.

En tal sentido, la misma autoridad que celebró el matrimonio debe encontrarse legítimamente facultada para disolverlo.

Según el artículo 4° de la Ley N° 29227, los requisitos para la separación convencional y divorcio ulterior en la vía no contenciosa en las Municipalidades y Notarías, son los siguientes:

- a) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad.

- b) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

Para el caso de estos hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquellos y el nombramiento de su curador.

2.7 EL DIVORCIO ULTERIOR.

El divorcio como bien lo establece nuestro Código Civil, es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene por sentencia judicial y sobre la base de las causas determinadas por Ley, las cuales son enumeradas en dicho Código.

Nuestro ordenamiento acoge los dos tipos de divorcio diferenciados por la Doctrina (divorcio sanción y divorcio remedio).

a) DIVORCIO SANCIÓN

Al respecto es pertinente citar al Dr. Peralta Andia, quien sostiene que “el sistema del divorcio-sanción se formula como el castigo que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio”. Se funda en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales imputables a uno o ambos cónyuges y su estructura se sustenta en:

- El principio de culpabilidad, según el cual el divorcio se genera por culpa de uno de ellos o de ambos, de tal modo que uno será culpable y el otro inocente, por tanto, sujeto a prueba.
- La existencia de causas para el divorcio, esto es, causas que están previstas en la ley, que en total son doce causales de acuerdo con nuestro sistema.
- El carácter punitivo del divorcio, pues la sentencia que declara disuelto el vínculo conyugal es un medio para penalizar al culpable por haber faltado a los deberes y obligaciones conyugales, consiguientemente, supone la suspensión del ejercicio de la patria potestad, la pérdida o restricción del derecho alimentario, la pérdida de la vocación hereditaria, pérdida de los derechos hereditarios, etc.

Desde la promulgación de la Ley 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, del 11 de Junio del 2001, el Sistema Peruano contempla, por un lado, causales subjetivas o inculpatorias propias del sistema del divorcio-sanción previstas en los incisos 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil.

Por otro lado, causales objetivas o no inculpatorias contempladas en los numerales 12 y 13 del mismo cuerpo legal, estas son, la separación de hecho y la separación convencional propias del sistema del divorcio-remedio, que se van ajustando a nuestra realidad.

La separación de cuerpos o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por la Ley.

Si los hechos no fueren probados, el Juez debe desestimar la demanda, aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. En síntesis: la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges, y, por ello, el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc. (...).

De lo dicho, tengamos en cuenta la protección del Estado a la familia ya que sólo los cónyuges son los verdaderos autorizados para poner fin a una relación convivencial que ha sido resquebrajado.

b) DIVORCIO REMEDIO.

Es aquel que se produce por la libre decisión de los cónyuges de poner fin al vínculo matrimonial; es aquel en el que no existe ni cónyuge culpable ni inocente.

Los cónyuges tampoco están obligados a ventilar las razones del punto final de matrimonio. Es un tipo de divorcio como excepción en lo que se refiere a la vía procedimental para tramitarlo; siendo así, a diferencia de lo que ocurre con el divorcio por causal específico que se tramita por la vía del procedimiento de conocimiento, el divorcio por mutuo disenso se tramita por vía del proceso sumarísimo.

SUB CAPITULO III: EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

1. *EL DIVORCIO EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: DIVORCIOS AMIGABLES, SIN FISCAL.*
2. *EL DIVORCIO EN REPÚBLICA DOMINICANA.*
3. *EL DIVORCIO EN COSTA RICA.*

EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

1. EL DIVORCIO EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: DIVORCIOS AMIGABLES, SIN FISCAL.

En un país desarrollado, considerado una de las principales potencias del mundo, donde la economía y la política de gobierno protegen a la familia, promueve el desarrollo y la educación, en un modelo que merece imitar, también se presentan problemas en las parejas.

Cuando se lleva una convivencia, la ruptura no tendrá implicancias judiciales, salvo en el régimen de la sociedad de gananciales y la tenencia de los hijos, pero no sucede lo mismo cuando se ha vivido en Matrimonio, entonces deberán acudir a la justicia.

- Pero, actualmente, Abogados y clientes buscan formas más civilizadas de poner fin a un Matrimonio, cuando no hay alternativa de seguir compartiendo el mismo lecho.
- Entonces, buscan la confidencialidad y bajo costo, pues resultan ser importantes ventajas de esta modalidad.

En los Estados Unidos de América se admiten:

- a) **DIVORCIO AMIGABLE.** El término suena como una contradicción, especialmente en la cultura estadounidense, tan acostumbrada a los rompimientos onerosos y conflictivos.

Sin embargo, muchas parejas están adoptando este concepto, respaldado recientemente por la Asociación Estadounidense de Despachos de Abogados, como parte de una búsqueda de formas más eficientes y civilizadas de poner fin a un matrimonio.

Los divorcios que siguen las instrucciones de "hágalo usted mismo" y la mediación son también opciones populares. Y miles de abogados quieren

ser parte de la tendencia.

"La mayoría de nosotros ha llegado a un momento en que nos percatamos de que el proceso de confrontación es muy pernicioso para nuestros clientes, y muchos reconocemos que podemos hacerlo mejor", dijo Talia Katz, ex abogada de divorcios y actual directora general de la Academia Nacional de Profesionales en Colaboración.

Katz dijo que la Academia, fundada hace apenas tres años, cuenta ahora con 3 mil miembros, en su mayoría abogados, pero también expertos en planificación financiera y otros profesionales. Se estima que unos 20 mil abogados han recibido entrenamiento en derecho de colaboración, y que los grupos que promueven la práctica operan en todo el país.

En contraste con la mediación, en que las parejas separadas encomiendan una resolución a un solo mediador neutral, el divorcio en colaboración involucra la contratación de abogados por cada parte. A esos profesionales se unen otros consultores expertos.

Pero los abogados, en vez de pelear, prometen desde el comienzo trabajar juntos para idear un resultado justo para todos.

"La mayoría de los clientes en una disputa busca una paz honorable, no la guerra", escribió David Hoffman, abogado de Boston, en una carta publicada recientemente por el diario The Christian Science Monitor.

"Los abogados en colaboración pueden ser tan celosos en la búsqueda de esa paz como lo son los litigantes en la consecución de la victoria ante los tribunales".

Buen precio y discreción: He aquí un hecho de la vida real en EE.UU., como veremos en el siguiente relato.

"Sarah Smith, de 47 años y residente en Sudbury, Massachusetts, dijo que

ella y su ex marido David Boyle lograron completar un divorcio amigable y rápido hace dos años, por menos de 5 mil dólares”.

Al final del diálogo, y habiendo obtenido el *divorcio*, expresaron textualmente: "Fue definitivamente la mejor manera de proceder en nuestra situación; no teníamos rencores mutuos acumulados y tampoco teníamos un montón de dinero", dijo Smith. "Nuestra preocupación principal era el bienestar de los hijos".

Smith, Boyle, y sus dos abogados hicieron los arreglos para que los dos niños, quienes tienen actualmente 11 y 7 años, pasaran tiempo con cada uno de sus padres, quienes viven en suburbios vecinos de Boston, "A los dos nos agradaron nuestros abogados", dijo Smith. "Nos reímos incluso juntos y eso volvió todo más agradable".

Boyle comparte esa opinión. "Dado que este proceso transcurrió de una forma tan armoniosa y no tuvimos consecuencias desagradables, hemos creado un buen ambiente para criar a los chicos", dijo. "Nos llevamos bien y trabajamos juntos para lograr las cosas".

- b)** Otra ventaja del divorcio en colaboración es la confidencialidad. Mientras que algunos divorcios de gente famosa acaparan la atención en los tribunales, el multimillonario Roy E. Disney, sobrino de Walt Disney y uno de los accionistas mayoritarios del emporio que creó su tío, optó en enero del 2006 por un divorcio en colaboración de su esposa Patricia, de 52 años, y salvaguardó su privacidad.

El crecimiento de este tipo de divorcios se deriva en parte de una tendencia que busca alejarse de los procesos de divorcio en los juzgados. Incluso los miembros de la Academia Estadounidense de Abogados Matrimoniales, que atiende a una clientela relativamente acaudalada, reportó en un informe reciente que un número creciente de casos se resuelve antes de llegar a juicio.

Además de que los casos se vuelven más onerosos, mucha gente no quiere desperdiciar el tiempo y pasar por la contratación de los expertos que un juicio requiere dijo Gaetano Ferro, de New Canaan, Connecticut, quien recién completó una administración como presidente de la Academia.

En 34 de las 51 jurisdicciones (50 Estados más el Distrito de Columbia) existen tribunales de familia especializados "Family Courts". En Estados Unidos el primer tribunal de familia especializado fue abierto alrededor de 1900 en el Estado de Ohio.

El estilo de litigio en los casos de derecho de familia es adversarial no de naturaleza inquisitoria. Las audiencias son en la sala de juicio con el público presente, salvo las de la etapa previa que realizan en salas creadas para ese efecto.

Naturalmente, intentar estandarizar 51 jurisdicciones resulta difícil como ocurre en los estados federales.

Los jueces de los Juzgados de lo Familiar conocen de los casos relacionados a los asuntos familiares, incluyendo el divorcio y asuntos relacionados con los menores.

En el Condado Harris, existen nueve Juzgados de lo Familiar, y cada uno de los juzgados se identifica por su número de distrito.

En el momento en que se interpone la demanda, el caso es asignado, al azar, a uno de los nueve Juzgados de lo Familiar.

Cada uno de los juzgados lo preside un Juez electo por los votantes del Condado Harris. Además del juez que preside, hay un juez adscrito quien puede atender algunos de los asuntos de su caso.

En Texas, en materia de divorcio, no es necesario determinarse que una de las partes sea culpable, el divorcio puede concederse sin existir culpa de

una de las partes. También, puede concederse si una de las partes es determinada culpable de la disolución del matrimonio.

Antes de presentar la demanda, uno de los cónyuges tiene que demostrar residir en Texas por lo menos 6 meses y dentro del condado en donde se solicita el divorcio por lo menos 90 días.

La Corte concede el divorcio, 60 días después de interpuesta la demanda de divorcio, si las partes están de acuerdo.

Si no están de acuerdo, el tiempo puede depender del calendario de la Corte y la complejidad del caso. De principio a fin, el proceso del divorcio puede pasar por varias fases que pueden incluir los interdictos, intercambio de información financiera, evaluaciones psicológicas (en los casos de custodia), otros medios de solución, juicio, y apelación. El divorcio en que las partes no están de acuerdo con respecto a alguno de los asuntos, normalmente toma varios meses por lo menos, y hasta un año si una audiencia es necesario.

El demandante se considera divorciado cuando ya todos los asuntos de propiedad y los hijos menores se resuelven y el Juez designado al caso firma la orden que normalmente se llama el Decreto de Divorcio, y entonces podrá contraer nuevo matrimonio, pero esperar 30 días; excepcionalmente la Corte puede conceder una dispensa que le permite casarse más pronto.

La reconciliación del demandante con su cónyuge, puede interrumpir el procedimiento de divorcio con presentar una petición para desistir.

2. EL DIVORCIO EN REPÚBLICA DOMINICANA.

La Ley 1306, sobre Divorcio fue promulgada el 21 de mayo 1937, posteriormente se han producido modificaciones.

Las causas de divorcio están contenidas en el Capítulo II, Artículo 2, de la Ley 1306, sobre Divorcio, modificada por la Ley No. 2669, la cual plantea como motivo de divorcio, de manera expresa, excluyente y limitativa las siguientes causales:

- a) El mutuo consentimiento de los esposos.
- b) La incompatibilidad de caracteres justificada por hechos cuya magnitud como causa de infelicidad de los cónyuges y de perturbación social, suficientes para motivar el divorcio, será apreciada por los jueces.
- c) La ausencia decretada por el tribunal de conformidad con las prescripciones contenidas en el capítulo II del título IV del libro primero del Código Civil.
- d) El adulterio de cualquiera de los cónyuges.
- e) La condenación de uno de los esposos a una pena criminal. No podrá pedirse el divorcio por esta causa si la condenación es la sanción de crímenes políticos.
- f) Las sevicias o injurias graves cometidas por uno de los esposos respecto del otro.
- g) El abandono voluntario que uno de los esposos haga del hogar, siempre que no regrese a él en el término de dos años. Este plazo tendrá como punto de partida la notificación auténtica hecha al cónyuge que ha abandonado el hogar por el otro cónyuge.
- h) La embriaguez habitual de uno de los esposos, o el uso habitual o inmoderado de drogas estupefacientes.

A. OPINIÓN O DICTAMEN DEL PROCURADOR FISCAL

La Ley señala que por tratarse de una demanda en divorcio, y por interesar al orden público, el Tribunal después de haber instruido el proceso, debe ordenar la comunicación de expediente al Procurador Fiscal para que éste proceda a emitir su opinión o dictamen en un plazo de cinco días, y lo devuelva al Tribunal, sin embargo es práctica frecuente en el mencionado país, que los jueces y tribunales sólo envían el expediente de divorcio al Procurador Fiscal cuando una de las partes así lo solicite.

B. SENTENCIA

Una vez que el expediente esté debidamente instruido y el Ministerio Público haya emitido su dictamen, dependiendo de las pruebas aportadas, de la seriedad de la demanda y de los diversos factores que adornen el asunto sometido a su consideración, el tribunal admite o desestima el Divorcio.

Esa decisión debe estar debidamente motivada y debe cumplir con los requisitos y formalidades propias de las sentencias emanadas de nuestros tribunales en lo que tiene que ver con los nombres de los jueces, de los abogados, de las partes, sus conclusiones, la exposición sumaria de los hechos, los puntos de derecho, los fundamentos y el dispositivo.

En este sentido podemos citar el Artículo 12 de la Ley de Divorcio 1306-Bis, donde dice que *"Devuelto el expediente por el Ministerio Público con el dictamen correspondiente, el Tribunal fallará admitiendo o desestimando el divorcio. La sentencia se pronunciará públicamente"*.

C. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

El Divorcio por mutuo consentimiento es aquel mediante el cual las partes se ponen de acuerdo para divorciarse porque no pueden seguir conviviendo, pero no quieren someterse a litigios ni contradicciones, sino que acuden por ante un Notario Público a los fines de levantar un Acta denominada de Convenciones y Estipulaciones conteniendo todos los aspectos que han de regular esa separación aparentemente "amistosa".

El Artículo 26 del código Civil prescribe: ***"El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos, expresado de la manera prescrita en la presente ley, justificará suficientemente que la vida en común les es insoportable"***.

3. EL DIVORCIO EN COSTA RICA.

En Costa Rica desde 1973, existe un Código de Familia, que obedeció a la necesaria adecuación del entonces Libro de las Personas del Código Civil de 1888 a los preceptos constitucionales de 1949, sobre todo a la igualdad del hombre y de la mujer, y a la igualdad entre hijos habidos fuera del matrimonio y los habidos dentro de éste.

Costa Rica no tiene Fiscalía de Familia, la labor de defensa de los derechos de los niños y adolescentes recae en el Patronato Nacional de la Infancia, ente administrativo de rango constitucional, al cual hay que notificarle todos los trámites judiciales que tengan que ver con personas menores de edad.

El Código Procesal Civil de 1989 regula los procesos de divorcio, separación judicial, nulidad de matrimonio, declaratoria de unión de hecho, suspensiones y modificaciones de patria potestad y las interdicciones, éstos por la vía abreviada, a saber un trámite escrito, excesivamente preclusivo, con tres instancias y con la necesaria participación de los abogados.

También dicho Código abre la vía sumaria -de nuevo escrita y preclusiva, aunque de dos instancias- para ciertos tópicos a la cual remiten el artículo 9 del Código de Familia y el mismo 432 inciso 10 de ese Código Procesal Civil. La vía ordinaria trámite igualmente escrito, excesivamente preclusivo, con tres instancias y con la necesaria participación de los abogados se ha entendido dispuesta para asuntos no previstos expresamente como la liquidación anticipada de bienes gananciales y la nulidad de traspasos por simulación.

Por su parte, los instrumentos internacionales tienen aspectos procesales muy relevantes, como lo son, la participación y opinión de los niños en los procesos que les atañen, regulado en la Convención sobre Derechos del Niño (1989, ratificada por Costa Rica en 1990) en su artículo 12.

SUB CAPITULO IV
EL DEBIDO PROCESO

- 1. INTRODUCCIÓN, 2. JUICIO Y ACTOS DE JURISDICCÓN VOLUNTARIA.*
- 3. PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCESO.*
- 4. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO: 4.1 DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY; 4.2 DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL;*
- 4.3 LEGALIDAD DE LA SENTENCIA JUDICIAL;*
- 4.4 DERECHO A ASISTENCIA LETRADA; 5. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y EL DEBIDO PROCESO.*
- 6. PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL .*
- 7. EL FACTOR TIEMPO: SUS PROBELMAS.*

EL DEBIDO PROCESO

1. INTRODUCCIÓN.

El proceso judicial es básicamente la exigencia constitucional para el desarrollo de la jurisdicción. El proceso sirve a la satisfacción de los intereses jurídicos socialmente relevantes, siendo el medio constitucionalmente instituido para ello.

En función del momento al que nos estemos refiriendo, el proceso tendrá diferente significado:

En el **momento constitucional**, el debido proceso es el instrumento constitucionalmente previsto para la tutela de los legítimos intereses de las personas.

En el **momento dinámico o procesal**, el proceso tiene ya un contenido concreto, y se trata de un proceso específico, que es la articulación concreta que posibilita el rogado desarrollo de la función jurisdiccional.

El procedimiento consiste en el conjunto de normas jurídicas generales que regulan los trámites, actos y resoluciones a través de los cuales los jueces y tribunales ejercitan su potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

El concepto de **proceso** es más complejo que el de procedimiento; no siempre que hay procedimiento existe un proceso.

La confusión entre ambos es histórica; pero el Derecho procesal se ocupa del proceso y no del procedimiento, ya que si se emplea el término "procedimiento" se pueden producir algunos inconvenientes:

Este término no es exclusivo del derecho procesal, ni tampoco del ámbito jurídico.

Es un término que sólo alude a un aspecto formal o actividad externa, como es la mera sucesión de actos procesales.

Pero el término “proceso” engloba una realidad más amplia; además del procedimiento legalmente previsto, incluye también las relaciones entre los sujetos intervinientes, las relaciones entre éstos y el objeto del proceso, etc.

El proceso, además, aspira a una finalidad, que es la terminación o justa composición del litigio, y para llegar a ella emplea el procedimiento como medio.

Todo proceso implica la existencia de un procedimiento; pero puede que exista un procedimiento sin que haya proceso alguno.

2. JUICIO Y ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

En cuanto al término juicio, se emplea muy a menudo en la legislación procesal, y ello se debe a la tradición histórica, ya que en el derecho medieval juicio equivalía a sentencia. Hoy en día, juicio y proceso aluden al mismo fenómeno, pero mientras que el juicio se refiere a la acción de juzgar, el proceso se refiere al medio empleado para ello. Dentro del proceso existe un juicio, pero no todo juicio puede identificarse con el proceso. Solamente son ambos términos equivalentes cuando la acción de juzgar la desarrollan órganos investidos de potestad jurisdiccional.

Una tercera categoría es la de *actos de jurisdicción voluntaria* (actos de conciliación, declaración de herederos ab intestato, etc.), que engloba distintos procedimientos en los que el órgano jurisdiccional no emite un pronunciamiento sobre el fondo de un asunto ni ejercita potestad jurisdiccional.

La distinción entre estas dos últimas categorías, si bien viene manifestada externamente por la autoridad de la cosa juzgada, desde el punto de vista de fondo, vienen separadas no por la idea de presencia o ausencia de conflicto, sino por la idea de actuación *del derecho* en el caso particular, ante la imposibilidad de dar solución al problema por los particulares o involucrados directamente,

frente a la actuación judicial tendiente a completar o perfeccionar una relación imperfecta o incompleta.

3. PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCESO.

Son ciertas las ideas bases que se deducen de las diversas legislaciones, que no sólo tienen valor teórico, sino importantes repercusiones prácticas.

Habitualmente se contraponen por pares, presentándose como un binomio compuesto de contradictorios. Entre ellos tenemos los siguientes:

- a. Bilateralidad y unilateralidad.
- b. De oficio y a instancia de parte
- c. Oralidad y escrituración.
- d. Publicidad y secretismo.
- e. Inmediatividad y mediatividad.
- f. Contradictorio e inquisitivo.
- g. Concentración y continuidad.
- h. Formalismo y aformalismo.
- i. Prelusión y elasticidad.
- j. Economía procesal.
- k. Buena fe procesal.

El debido proceso es pues, un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Su nacimiento tiene origen en la "Magna Carta Libertatum" (Carta Magna), texto sancionado en Londres el 15 de junio de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra.

Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto:

Las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso.

La sociedad tiene interés en que el proceso sea llevado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

En un Estado de derecho, toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo. Esto es especialmente importante en el área penal.

La exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial.

4. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO.

Pueden considerarse las siguientes.

4.1 DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LEY

El contenido esencial del derecho señala la prohibición de establecer un órgano jurisdiccional *ad-hoc* para el enjuiciamiento de un determinado tema, lo que la doctrina denomina "*Tribunales de excepción*". Como consecuencias adicionales se establece el requisito que todos los órganos jurisdiccionales sean creados y constituidos por ley, la que los inviste de jurisdicción y competencia.

Esta constitución debe ser anterior al hecho que motiva el proceso y debe contar con los requisitos mínimos que garanticen su autonomía e independencia.

Este derecho va de mano con lo que es la predictibilidad que debe garantizar un sistema jurídico ya que los particulares deben estar en la concreta posibilidad saber y conocer cuáles son las leyes que los rigen y cuáles los organismos jurisdiccionales que juzgaran los hechos y conductas sin que esa determinación quede sujeta a la arbitrariedad de algún otro órgano estatal.

4.2 DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL.

No puede haber debido proceso si el juez es tendencioso o está cargado hacia una de las partes. El Juez debe ser equidistante respecto de las mismas, lo que se concreta en la llamada "*bilateralidad de la audiencia*". Para evitar estas situaciones hay varios mecanismos jurídicos:

La mayor parte de las legislaciones contemplan la posibilidad de recusar al juez que no aparezca dotado de la suficiente imparcialidad, por estar relacionado de alguna manera (vínculo de parentesco, amistad, negocios, etc.) con la parte contraria en juicio.

4.3 LEGALIDAD DE LA SENTENCIA JUDICIAL.

En el área civil, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se concreta en la proscripción de la institución de la *ultra petita*. En el área penal, la sentencia judicial sólo puede establecer penas establecidas por la Ley, por delitos también contemplados por la misma.

4.4 DERECHO A ASISTENCIA LETRADA.

Toda persona tiene derecho a ser asesorado por un especialista que entienda de cuestiones jurídicas (típicamente, un abogado).

En caso de que la persona no pueda procurarse defensa jurídica por sí misma, se contempla la institución del defensor o abogado de oficio, designado por el Estado, que le procura ayuda jurídica gratuita.

Con la finalidad de garantizar que cualquier particular inmerso en un proceso judicial pueda contar con las mejores formas de defender su derecho, y de estar realmente informado del verdadero alcance del mismo, para consolidar su derecho al debido proceso, es el derecho de toda persona a contar con el asesoramiento de un abogado, una persona versada en Derecho.

De esa forma se busca garantizar el cumplimiento del principio de igualdad y el uso efectivo del derecho de contradicción.

Existen algunos sistemas jurídicos donde esta garantía es irrenunciable, debiendo los particulares contar siempre con la asesoría de un abogado.

El derecho se consideraría vulnerado si a una persona no se le permitiera asesorarse mediante un abogado aunque también se señala que se causaría una vulneración al mismo cuando la asesoría brindada, principalmente en el caso de abogados de oficio brindados por el Estado, no ha sido la idónea.

Dentro de este derecho, se podría identificar dos caracteres:

El derecho a la defensa de carácter privado, concretado en el derecho de los particulares a ser representados por profesionales libremente designados por ellas.

El derecho a la defensa de carácter público, o derecho del justiciable a que le sea proporcionado letrado de oficio cuando fuera necesario y se encontrase en uno de los supuestos que señala la ley respectiva.

5. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y EL DEBIDO PROCESO.

El artículo 2º de la Constitución Política del Perú, prescribe que toda persona tiene derecho al debido proceso.

En consecuencia se garantizan enunciativamente: El libre acceso a la justicia y los derechos a la jurisdicción predeterminada, a no ser condenado en ausencia, a la defensa, a no ser incomunicado sino en los casos y en las formas previstas por la ley, a no auto inculparse, a la publicidad del proceso, a la motivación de resoluciones judiciales, a la instancia plural, a la cosa juzgada; a la prohibición de interrumpir los procesos, afectar el contenido de una sentencia o retrasar su cumplimiento, así como la ejecución de las decisiones judiciales.

6. PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL.

Dentro de los años de vida independiente que tiene nuestra nación, hoy más que nunca se ha vuelto una insoslayable necesidad que la actividad procesal llevada resuelvan los procesos en un plazo razonable; hecho que de alcanzarse constituiría un paso importante para recobrar la confianza en nuestra administración de justicia en el Perú.

En el problema de celeridad de los procesos y la pronta tutela de los derechos ha sido una constante doctrinaria no solo en nuestro país, acostumbrado a reformas publicitadas mas no eficaces, con lo cual retumba en los oídos de los justiciables el aforismo que reza “justicia que no es rápida, no es justicia”.

Ya el insigne Couture señalaba que en el proceso, el tiempo es más que oro, es justicia; lo cual también nos da cuenta de la inversión de horas hombre perdidas como consecuencia de la tardía resolución de un proceso, problema que no compete exclusivamente a las partes procesales, sino también a la confianza de los ciudadanos y a la seguridad jurídica de nuestro país, al aumentarse la incertidumbre sobre el resultado de la actividad cognitiva del juez, expectativa que queda relegada en el tiempo y cuya solución resulta menos oportuna, cuanto más demora exista en su resolución.

La celeridad procesal no es un principio abstracto: muy por el contrario, es el alma del servicio de justicia. Está claro que la existencia del debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongar innecesariamente el litigio; ya que la sociedad debe recomponer su

paz a través del proceso en el más breve plazo; y es de su interés que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica se dilucide prontamente.

Esta situación De hecho, esta situación ya se encuentra reconocida constitucionalmente en el derecho comparado y en nuestro proyecto constitucional y resulta también una garantía protegida a nivel supranacional.

Al respecto, hay que tomar en cuenta la celeridad procesal, como un ideal que la administración de justicia tiene tanto por parte del Poder Judicial, como por parte del ciudadano, quien muchas veces es quien contribuye a la lentitud procesal con la interposición dilatoria de escritos y demandas que comúnmente se hacen “para ganar tiempo” ante una determinada situación jurídica.

Al respecto, debemos mencionar al doctor Pablo Sánchez Velarde: *“la celeridad procesal aparece como un principio dirigido a la actividad procesal, sea del órgano jurisdiccional como del órgano fiscal, a fin de que las diligencias judiciales se realicen con la prontitud debida, dejando de lado cualquier posibilidad que implique demora en el desarrollo y continuidad del procedimiento. Desde la perspectiva del justiciable o de las partes en general, puede invocarse el mismo principio aun cuando es posible su exigencia a título de derecho, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”*.

7. EL FACTOR TIEMPO: SUS PROBLEMAS.

Esta crisis mencionada líneas arriba se encuentra configurada por varios factores:

7.1 Se refiere innecesariamente la realización de audiencias, poniendo con razón (pretexto) la recargada agencia de diligencias existente. Esta situación se encuentra más avanzada en las Salas Superiores.

7.2 Cuando el justiciable desea conocer el retraso de los actos procesales, los encargados de Mesa de Partes le señalan que en todo caso debe hablar con el Juez de la Causa de 8.00 a 9.00 a.m. (horario establecido en el Perú

mediante Resolución Administrativa del Poder Judicial) para agilizar el trámite. Sin embargo, esta labor de entrevista judicial constituye una pérdida de tiempo tanto para el Juez (por sus recargadas actividades) como para el justiciable (tiempo que puede invertirse en otras labores).

La remisión de los expedientes de una instancia a otra, o entre el Poder Judicial y el Ministerio Público se retrasa por errores de los notificadores o en el llenado de los cargos de remisión.

La Central de Notificaciones suele retrasarse con la emisión de informes, cada vez que los juzgados solicitan los cargos respectivos para agregarlos a los autos.

Cabe formularnos una pregunta: ¿tiene validez entonces lo establecido en el último párrafo del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil?, en el cual se establece de forma correcta “La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de interés o incertidumbre jurídica”.

Asimismo, el artículo I del Título Preliminar del mismo cuerpo de leyes, en el cual se establece que “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

SUB CAPITULO V

LAS PARTES EN EL PROCESO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO. 3. LAS PARTES. 4. CAPACIDAD PARA SER PARTE EN EL PROCESO: 4.1 EL INTERES PARA OBRAR, 4.2 LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR

LAS PARTES EN EL PROCESO

1. INTRODUCCIÓN.

El tema a tratar es de las partes en el proceso, ya sea en el área Civil o en el proceso Penal. En Primer Lugar, ese término, parte, presupone un todo que está integrando, pues, etimológicamente, parte significa cada una de las porciones en que se divide el todo, y este todo, en el proceso, lo constituyen el Juez y las partes.

Se denominan partes al actor o demandante (sujeto activo) y al demandado (sujeto pasivo), en el proceso civil, laboral y contencioso administrativo; acusador y acusado, respectivamente en el proceso penal.

Esa idea, en principio, excluye al tercero, es decir, aquellos extraños en la relación jurídica procesal.

El que mejor ha perfilado el concepto de parte es Chiovenda, cuya definición expresa o virtualmente han seguido muchos autores, que lo enuncian en los siguientes términos: *"es parte, aquel que pide a propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedida"*.

De este concepto se advierte de inmediato que es posible establecer una separación entre el que pide y aquel por quien se pide la actuación de la ley. Como consecuencia de ello, la Doctrina admite la distinción entre parte en sentido material directamente vinculada en la relación de derecho sustantivo y parte en sentido formal, en cuanto actúa en el proceso y realiza actos procesales, con prescindencia del contenido u objeto de aquella relación.

Es explícito el pensamiento de Carnelutti, al afirmar sobre este problema: *"A veces actúa en el proceso la misma parte en sentido material, a veces, por lo contrario, una persona distinta de ella pero que tiene con la misma una relación determinada. Se comprende que esta relación deba ser tal que la haga igualmente apta para tal actividad. En estos casos es conveniente hablar de*

parte indirecta frente a la parte directa; la noción de la parte indirecta representada, por tanto, una división entre parte en sentido material y parte en sentido procesal”.

2. CONCEPTO

Parte, es quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión. En todo proceso, intervienen dos partes: una que pretende en nombre propio o en cuyo se pretende la actuación de una norma legal, denominada actora, y otra frente a la cual esa conducta es exigida, llamada demandada.

La presencia de esas dos partes en el proceso es una consecuencia del principio de contradicción, de donde se deduce que en los llamados procesos voluntarios no podemos hablar de actor o demandado, dado que las pretensiones son coincidentes.

En estos procesos, el concepto de parte debe ser reemplazado por el de "peticionarios", es decir, aquellas personas que, en interés propio, reclaman, ante un órgano judicial, la emisión de un pronunciamiento que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica.

El concepto de parte es estrictamente procesal y esa calidad está dada por la titularidad activa o pasiva de una pretensión y es totalmente independiente de la efectiva existencia de la relación jurídica sustancial, sobre cuyo mérito se pronunciará la sentencia.

Cuando el proceso se inicia, al juez se le presentan meras hipótesis, simples afirmaciones, no hechos comprobados; y es precisamente para llegar a comprobar si realmente existe el derecho alegado y si ese actor está o no legitimado, que se instruye el proceso.

Pueden ser parte todas las personas tanto físicas como de existencia ideal, o sea los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Las personas jurídicas, por su propia naturaleza deben actuar por intermedio de sus

representantes legales o estatuarios.

Una misma persona puede tener en el proceso la calidad de parte actora y demandada, como ocurre en el caso de la reconvención.

Carnelutti, distingue la parte en sentido material o sustancial de la parte en sentido formal o procesal.

a) Son parte en sentido material o sustancial los sujetos de la relación jurídica sustancial.

Por ejemplo, el comprador y vendedor en el contrato de compra-venta; el que produce el daño y quien lo sufre, en el caso de responsabilidad extracontractual.

b) Son parte formal o procesal los sujetos que ejerciten el derecho de acción y de contradicción en el proceso.

Por ejemplo, el demandante y el demandado.

De lo anotado es posible establecer una perfecta distinción entre el que pide la tutela jurisdiccional y aquel en favor de quien se pide la tutela.

Algo más, en el derecho sustantivo se hace también una distinción entre la parte acreedora (en términos abstractos y genéricos) y la parte deudora (también en los mismos términos), diferente, lógicamente, de lo que ocurre en el aspecto procesal. Normalmente el acreedor en la relación material coincide con la posición que adopta quien es parte demandante y el deudor con la que adopta la posición de quien es parte demandada en la relación procesal.

Por ello la importancia de determinar las partes en la relación jurídica material, luego, las partes en el proceso correspondiente, para poder explicar la presencia de la Relación jurídica procesal *que* nuestro ordenamiento procesal civil exige como condición para la validez y eficacia del proceso como instrumento jurisdiccional.

Empero, debemos señalar que el concepto de parte se utiliza con más frecuencia en el ámbito procesal, de modo que parte en el proceso es quien reclama y contra quien se reclama la satisfacción de una pretensión procesal. Los terceros incorporados al proceso suelen considerarse como parte en el proceso, dependiendo de la naturaleza del interés con que se incorporan a él.

3. LAS PARTES.

Normalmente en el proceso civil hay dos partes: La parte demandante y la parte demandada, que pueden, ser personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, etc.

Cada parte, por otro lado, puede estar constituida por una o más personas, dando lugar a la figura procesal del Litis consorcio. La idea de parte excluye la de terceros. Podemos conceptuar que es parte aquel que, en su propio nombre o en cuyo nombre se pide, invoca la tutela jurisdiccional de algún derecho subjetivo, promoviendo la actuación de la voluntad de la ley contenida en el derecho objetivo; también es parte aquel contra quien se formula el pedido.

De lo anotado es posible establecer una perfecta distinción entre el que pide la tutela jurisdiccional y aquel en favor de quien se pide la tutela.

Algo más, en el derecho sustantivo se hace también una distinción entre la parte acreedora (en términos abstractos y genéricos) y la parte deudora (también en los mismos términos), diferente, lógicamente, de lo que ocurre en el aspecto procesal. Normalmente el acreedor en la relación material coincide con la posición que adopta quien es parte demandante y el deudor con la que adopta la posición de quien es parte demandada en la relación procesal.

Por ello la importancia de determinar las partes en la relación jurídica material y, luego, las partes en el proceso correspondiente, para poder explicar la presencia de la relación jurídica procesal que nuestro ordenamiento procesal civil exige como condición para la validez y eficacia del proceso como instrumento jurisdiccional.

Empero, debemos señalar que el concepto de parte se utiliza con más frecuencia en el ámbito procesal, de modo que parte en el proceso es quien reclama y contra quien se reclama la satisfacción de una pretensión procesal.

Los terceros incorporados al proceso suelen considerarse como parte en el proceso, dependiendo de la naturaleza del interés con que se incorporan a él.

4. CAPACIDAD PARA SER PARTE EN EL PROCESO.

La capacidad de ser parte en el proceso implica en principio aptitud de ser titular de los derechos materiales o sustantivos en controversia o, mejor, aptitud para afirmar en un proceso que se tiene la calidad de titular de tales derechos.

También se dice que quien es parte en un proceso es quien tiene la *"legitimatío ad causam"*, de modo que, por ejemplo, un menor de edad, un enfermo mental, pueden ser perfectamente parte en un proceso.

Lo importante es que el hecho de ser parte en un proceso importa pretender ser titular de un derecho en conflicto amparado por la Ley, pues, recién en la sentencia se determinará si en efecto quien hizo la referida afirmación es realmente el titular del derecho alegado o no.

El Código Procesal Civil, en su artículo 572, señala, como regla general, que toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos, la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material en un proceso.

4.1 EL INTERÉS PARA OBRAR.

Ticona Postigo prefiere llamarla "necesidad de tutela jurisdiccional" y nos dice que *"es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra una persona en concreto y que lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano"*

jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de interés en el cual es parte".

Juan Monroy, sobre el tema nos precisa que *"hay interés para obrar cuando una persona ha agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material y no tiene otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional. Esta necesidad inmediata, actual, irremplazable de tutela jurídica es el interés para obrar"*.

Para Liebman el interés para obrar o interés para accionar *"está dado por la relación jurídica entre la situación antijurídica que se denuncia (lesión aparente o real del interés sustancial) y la providencia que se pide para ponerle remedio mediante la aplicación del derecho, y esta relación debe consistir en la titularidad de la providencia como medio para adquirir por parte del interés lesionado la protección acordada por el derecho"*.

4.2 LEGITIMIDAD PARA OBRAR

Siguiendo el criterio expuesto por DEVIS ECHANDIA, legitimidad para obrar tiene las siguientes características:

"No se identifica con la titularidad del derecho sustancial alegado en la demanda"; la legitimidad para obrar no es el derecho ni la titularidad del derecho controvertido. El actor puede estar legitimado, pero si no prueba los hechos sustentatorios de su pretensión, la demanda se declara infundada.

No es requisito para una sentencia favorable, sino simplemente para el ejercicio válido de la acción y para una sentencia de mérito (sea ésta favorable o desfavorable).

Es personal, subjetiva y concreta. Al respecto Devis Echandía señala que *"cada parte debe tener su propia legitimación en la causa, en razón de su personal situación respecto a las pretensiones o excepciones de mérito que en el proceso se discutan o simplemente deban ser objeto de la sentencia, e*

igualmente, cada interviniente debe aducir su propia legitimación en la causa para que se acepte su intervención. Cuando una persona obra en representación de otra, los actos de aquella se entienden como de ésta, y, por lo tanto, es la legitimación del representado lo que permite la decisión de fondo en la sentencia".

No se cede ni se transmite; es presupuesto de la pretensión o de la oposición para la sentencia de fondo.

La legitimidad para obrar (legitimatio ad causam) es totalmente distinta a la capacidad procesal (legitimatio ad processum).

La ausencia de la primera en un proceso determinado significa que éste es válido, pero el juez no puede emitir un pronunciamiento (sentencia) sobre el fondo del litigio.

La ausencia de la segunda por constituir un presupuesto procesal determina la invalidez de la relación jurídica procesal y con mayor razón el juez no puede resolver el fondo de la Litis.

Cuando se plantea lo que es la legitimidad para obrar se trata, con referencia ya a un proceso determinado, de resolver la cuestión de quién debe interponer la pretensión y contra quién debe interponerse para que el Juez pueda dictar una sentencia en la que resuelva el tema de fondo, esto es, para que en esa sentencia pueda decidirse sobre si estima o desestima la pretensión.

En el derecho antiguo la palabra "*legitimación*" se usaba con referencia a tres aspectos:

1. Legitmatio personae que se refería a lo que hoy denominamos capacidad procesal y a su prueba o, dicho en la terminología antigua, cualidades necesarias para comparecer en juicio, con lo que lo cuestionado era la **legítima persona standi in iudicio** en el sentido de

reunir los requisitos de capacidad, es decir, a lo que hoy se conoce como capacidad para ser parte y capacidad procesal.

- 2. Legitimatío ad processum** expresión con la que se hacía referencia a los presupuestos de representación legal de las personas físicas y necesaria de las personas jurídicas y a su prueba.

En buena medida este tipo de legitimación se basaba en una confusión, al no tenerse claro quién era la verdadera parte en el proceso, el representante o el representado.

- 3. Legitimatío ad causam** que atendía al supuesto de que alguien se presente en juicio afirmando que el derecho reclamado proviene de habérselo otro transmitido por herencia o por cualquier otro título.

Todos estos sentidos de la palabra *legitimatío* no corresponden con lo que hoy se entiende por legitimación, aunque la Doctrina y la Jurisprudencia hayan pretendido equiparar la vieja *legitimatío ad processum* con la capacidad y la *legitimatío ad causam* con la legitimación.

Es necesario hacer mención al hecho de que tanto en la Doctrina, así como en el Derecho Comparado, el tema en estudio es considerado o denominado de forma distinta tales como: Legitimatío ad causam, Legitimación en la causa, Legitimación material, Legitimación para accionar, Cualidad para obrar, Legitimación para pretender o resistir la pretensión.

No obstante ello; se debe indicar que todas ellas se refieren al presupuesto procesal materia de estudio, es decir a la legitimidad para obrar como un requisito del presupuesto procesal de fondo; sin embargo como se puede observar, su tratamiento varía según se trate de la inclusión en un sistema procesal del despacho saneador o no y de las facultades dadas al Magistrado.

Como se ha indicado los presupuestos procesales de forma son: la demanda en forma, el Juez competente y la capacidad de las partes. En cambio, los presupuestos procesales de fondo son: el Interés para Obrar, la Legitimidad para Obrar y la Posibilidad jurídica.

Estos presupuestos deben darse como requisito de la sentencia, pero no son procesales puesto que, aun sin ellos, el proceso es completamente válido y existente y también la sentencia es válida.

Funcionan sí como presupuestos (antecedentes) de la sentencia de fondo (mérito), porque independientemente de la razón o sin razón de la parte, puede examinarse si es la verdadera titular de la relación debatida (legitimación), si tiene posibilidad jurídica y si tiene interés.

La Legitimidad para Obrar constituye una condición fundamental en la obtención de una sentencia de mérito y que su cumplimiento puede ser denunciada por alguna de las partes o declarada de oficio por el Juez.

La Legitimación se presenta cuando buscamos una distinción entre derecho subjetivo y acción.

Sin que se pretenda reconstruir ahora la Teoría de la Acción, conviene recordar que en las concepciones Monistas la acción y el derecho subjetivo eran una misma cosa, de modo que para **Savigny**, por ejemplo, la acción es el aspecto bajo el que se presenta el Derecho Subjetivo cuando ha sido violado; es un momento del derecho subjetivo, por lo que si el derecho no existe la violación no es posible, y si no hay violación el Derecho no puede revestir la forma especial de Acción.

Naturalmente el titular de la acción es el ofendido, en cuanto titular del derecho violado, y el destinatario de la misma es quien ha realizado la violación.

La ruptura entre el derecho subjetivo y la acción marca el verdadero giro conceptual, y aparecen las Doctrinas Dualistas y comprende que:

1. Existen dos Derechos diversos: uno el Derecho Subjetivo Material, que se dirige frente a un particular y es de naturaleza privada, y otro el Derecho de Acción, que se dirige contra el Estado y tiene naturaleza pública.
2. El proceso en sí mismo es una relación jurídica, de naturaleza pública, de la que hay que considerar entre qué personas puede tener lugar y a qué objeto se refiere, distinta de la relación jurídica material que sea afirmada como existente por la persona que presenta la demanda.

Por estas dos vías se acaba distinguiendo entre titular del derecho subjetivo y titular de la acción, si se prefiere, entre sujeto de la relación jurídica material (parte material) y sujeto del proceso (parte procesal), por lo que están ya puestas las condiciones para que pueda suscitarse el tema de la legitimación.

Para el jurista **DE ROCCO**, las normas de la Legitimación establecen, según criterios abstractos y generales, qué sujetos pueden pretender la realización de una determinada relación por parte de los órganos jurisdiccionales y respecto de qué sujetos dicha realización puede ser pretendida; o, más claro aún, las normas acerca de la Legitimación determinan qué sujetos están jurídicamente autorizados para accionar o para contradecir.

Agrega que *“todo sujeto está legitimado para ejercitar una determinada acción, es decir, para provocar la actividad jurisdiccional mediante providencias de distinta naturaleza, únicamente en orden a una determinada relación jurídica o a un determinado estado jurídico”*.

Expresa que los criterios básicos para establecer la legitimación para accionar deben buscarse en un conjunto de circunstancias, condiciones y cualidades de ciertas categorías de sujetos, en orden a la relación jurídica o al estado jurídico sobre los cuales determinado sujeto pide una providencia cualquiera.

Dichas condiciones, circunstancias o cualidades respecto al estado jurídico o a la relación jurídica, se determinan, las más veces, por el hecho de ser sujeto o de afirmarse, lo cual, en cuanto a la Legitimación, viene a ser lo mismo: titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico.

La titularidad puede ser real o sólo aparente, pues también quien no es titular puede provocar la declaración de certeza de la existencia o inexistencia de la relación jurídica de la cual se afirma titular.

Así pues, según ROCCO, *"la titularidad efectiva o solamente afirmada de la relación o del estado jurídico, constituye el criterio básico para la determinación de los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción determinada"*.

En resumen: ROCCO dice que la legitimación expresa si el actor y el demandado, respecto de quienes debe declararse con certeza la existencia de una relación jurídica, están autorizados por la norma procesal para pretender tal declaración.

Es una cuestión previa a la determinación de si existe o no la relación jurídica sustancial. Según este autor, no debe confundirse la legitimación con la existencia del derecho o relación material, ya que basta la titularidad simplemente afirmada.

Para el jurista DE DEVIS ECHANDÍA, en lo que respecta al demandante, la legitimación en la causa, es la titularidad del interés materia del litigio y que debe ser objeto de sentencia (procesos contenciosos), o del interés

por declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (procesos voluntarios).

Y; por lo que al demandado se refiere, consiste en la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la Ley que se declare la relación jurídica material objeto de la demanda".

Mientras que para el jurista DE CHIOVENDA, esta condición de la sentencia favorable se puede designar con el nombre de cualidad para obrar... preferimos nuestra vieja denominación de *legitimatío ad causam* (o legitimidad para obrar).

Con ella se expresa que para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva).

Con el nombre de *Legitimatío ad processum* se indica, por el contrario, un presupuesto procesal, esto es, la capacidad de presentarse en juicio por sí o por otros."

DE VESCOVI manifiesta que "la legitimación es un presupuesto de la sentencia de mérito; el Juez, previamente (dicho en términos lógicos) a la decisión, debe analizar si las partes que están presentes en el proceso ("las partes") son las que deben estar, esto es, aquellas que son los titulares de los derechos que se discuten.

Así, si se demanda a dos condóminos por la propiedad, y estos son tres, carecerán de legitimación (...)" *"La legitimación no es sino la idoneidad de la persona para actuar en juicio inferida de su posición respecto al litigio"*

DE MONTERO AROCA manifiesta que "La posición habilitante para formular la pretensión o para que contra alguien se formule ha de radicar necesariamente en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la obligación.

La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, simplemente, en las afirmaciones que realiza el actor:"

Es esta la posición que respecta a la definición de la legitimación; sin embargo, debemos precisar que no es simplemente suficiente afirmar en la demanda que se tiene legitimidad para obrar sino que es necesario que tal presupuesto procesal fluya del texto de la demanda.

Pues, podría ocurrir que pese a la afirmación de su existencia (invocación), empero de los hechos sustentatorios de la pretensión se desprenda que el actor carece en forma evidente de legitimidad para obrar, en cuyo supuesto, el Juez declarará la improcedencia in limine de la incoada.

Tener legitimidad para obrar consiste en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial puede formular (legitimación activa) o contradecir (legitimación pasiva) las pretensiones contenidas en la demanda. Por otro lado, debe de tenerse presente que no se trata de la titularidad del derecho o de la obligación sustancial, porque puede ocurrir que éstos no existan, siendo suficiente con que se pretenda su existencia, que se afirme que existe.

Además, debe decirse que puede existir perfectamente la legitimidad para obrar, activa y pasiva, y sin embargo, declararse en la sentencia que el derecho o la obligación invocada en la demanda realmente no existe.

Cuando el Juez al calificar la demanda examina si el demandante tiene o no legitimidad para obrar, simplemente debe verificar si hay esta relación formal de correspondencia entre tal demandante y la persona a quien la ley concede acción. En este examen, no juzga la justicia de la pretensión y menos si el actor es o no titular del derecho que alega en su demanda, pues estos dos aspectos el juez los evaluará al expedir sentencia (cuando emite juicio de fundabilidad sobre la pretensión).

En consecuencia, "La Legitimidad para obrar es la potestad que tiene una persona (sea natural o jurídica) para afirmar e invocar ser titular de un derecho subjetivo material e imputar la obligación a otra".

Es decir, tener legitimidad para obrar significa tener la facultad, el poder para afirmar, en la demanda, ser titular de un determinado derecho subjetivo material que será objeto del pronunciamiento de fondo.

Tal facultad o poder no se refiere al derecho en sí, sino se refiere únicamente a la posibilidad de recurrir al Poder Judicial afirmando tener derecho de algo o sobre algo e imputando que otro (el demandado) es el indicado a satisfacer su reclamación o pretensión. En este caso no se refiere que el demandado está en la obligación de satisfacer su derecho.

La Legitimación, pues, no puede consistir en la existencia del derecho y de obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia, sino simplemente en las afirmaciones que realiza el actor.

El mismo concepto de legitimación va unido a la posibilidad de tener acción para pedir en juicio la actuación del derecho objetivo en un caso concreto sin tener que afirmar la titularidad de un derecho subjetivo, pues es esa posibilidad la que explica todos los supuestos de legitimación extraordinaria.

A partir de aquí la Legitimación apareció como un concepto autónomo,

no pudiendo entenderse comprendido ni en la capacidad ni en la cuestión de fondo debatida en el proceso.

En su origen el concepto de Legitimación no nace para explicar los supuestos en que los titulares de una relación jurídica material se convierten en partes del proceso, sino que por medio de él se pretende dar sentido a aquellos otros supuestos en los que las leyes permiten que quien no es sujeto de una relación jurídica material se convierta en parte del proceso, bien pidiendo la actuación del derecho objetivo en un caso concreto, o bien pidiéndose frente a él esa actuación.

Sólo después se aspira a generalizar el concepto y acaba por aplicarse al supuesto normal de quiénes deben ser parte en un proceso determinado y concreto para que en éste pueda aplicarse el derecho objetivo, llegándose a dictar una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Se comprende así que el punto de partida sea necesariamente el de distinguir entre:

1. Titularidad activa o pasiva de la relación jurídica material que se deduce en el proceso, la cual ha de regularse por normas de derecho material y que, junto con el contenido de la misma, es la cuestión de fondo que se plantea ante el órgano jurisdiccional y respecto de la que se pide un pronunciamiento con todos los efectos propios de la cosa juzgada.
2. Posición habilitante para formular la pretensión (legitimación activa) o para que contra él se formule (legitimación pasiva) en condiciones de ser examinada por el órgano jurisdiccional en cuanto al fondo, que está regulada por normas de naturaleza procesal.

Se trata, pues, de distinguir entre partes materiales y partes procesales, y respecto de estas segundas, la legitimación resuelve la

cuestión de, quién puede pedir en juicio la actuación del derecho objetivo en el caso concreto y contra quién puede pedirse.

La misma existencia de la cuestión sólo puede plantearse cuando se admite la posibilidad de que unas sean las partes materiales y otras las partes procesales, pues si esta distinción no se considerara posible carecería de sentido incluso el planteamiento de la cuestión. La legitimación adquiere entidad cuando se admite que la misma puede existir sin derecho subjetivo.

SUB CAPITULO VI
EL MINISTERIO PÚBLICO

1. AUTONOMIA DEL MINISTERIO PÚBLICO. 2. LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO. 3. COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN (CERIAJUS), 4. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL MINISTERIO PÚBLICO.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El motivo para haber optado por este tema, radica en la relevancia o irrelevancia de la intervención del Ministerio Público cuando se presenta un proceso judicial de divorcio por las causales previstas en los incisos del 1 a 12 del artículo 333 del Código Civil; a excepción de la causal de separación convencional prevista en el inciso 13 del mismo artículo del Código Civil, en la cual, el Ministerio Público no tiene ninguna intervención (sea en sede Judicial, Municipal o Notarial).

Por lo que comentaremos algunos aspectos importantes del Ministerio Público como institución.

1. AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Es el organismo constitucional autónomo creado por la Constitución Política del Perú en 1979, con la misión fundamental de defender la legalidad y los Derechos Humanos. Sus actividades al servicio de la ciudadanía las inició formalmente el 12 de mayo de 1981.

Al llegar a la mitad del año de 1979, la historia del Ministerio Público cambia radicalmente.

La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente de 1979, le da una regulación en la Ley Suprema, atribuyéndole personería propia, con independencia, autonomía, organización, composición, funciones, atribuciones, prohibiciones; conforme a sus artículos 250 y 251 del Capítulo XI.

Después la institución fue desarrollada en su Ley Orgánica, mediante el Decreto Legislativo 052 del 19 de marzo de 1981, vigente, funcionando conforme a ella hasta la fecha, con las modificaciones propias de la Constitución Política de 1993 y suspensiones por las disposiciones legales que dispusieron su reorganización, desde el 18 de junio de 1996 hasta el 6 de noviembre del 2000, día en que se promulgó la Ley Nro. 27367, que desactivó la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.

La Constitución Política del Estado, vigente desde el 31 de diciembre de 1993, regula al Ministerio Público en sus artículos 158, 159 y 160; como el titular en el ejercicio público de la acción penal, habiéndose derogado los artículos pertinentes del Código de Procedimientos Penales de 1940.

El Ministerio Público, es un organismo constitucionalmente autónomo, que está al servicio de la sociedad y de la administración de justicia, defiende la legalidad, los intereses públicos, la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia, fortaleciendo el Estado democrático, social y de derecho.

2. LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público por ser un organismo autónomo, se rige por su propia Ley Orgánica, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 052, resultando indispensable hacer un breve comentario de los principales dispositivos legales, relacionados a su intervención en los procesos de divorcio

Así pues, en el Título I, en las Disposiciones Generales del Decreto Legislativo, en el artículo 1, encontramos establecida la función del Ministerio Público, organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

En su artículo 3, establece las atribuciones de los miembros del Ministerio Público, pues para el debido cumplimiento de sus funciones y atribuciones, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ejercerán las acciones o recursos y actuarán las pruebas que admiten la Legislación Administrativa y Judicial.

El artículo 4, prevé, una situación de Deficiencia de la Ley y aplicación de principios Generales del Derecho, y les concede Iniciativa Legislativa, pues en los casos de deficiencia de la legislación nacional, el Ministerio Público tendrá en consideración los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano, en el ejercicio de sus atribuciones.

En tales casos, el Fiscal de la Nación elevará al Presidente de la República los proyectos de ley y de reglamentos sobre las materias que le son propias para los efectos a que se refieren los artículos Nos. 190 y 211, inciso 11), de la Constitución Política del Perú.

Podrá también emitir opinión fundamentada sobre los proyectos de ley que tengan relación con el Ministerio Público y la Administración de Justicia, que remitirá a la Cámara Legislativa en que se encuentren dichos proyectos pendientes de debate o votación.

El artículo 5, se refiere específicamente a la autonomía funcional del Ministerio Público, prescribiendo que los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución.

Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

El artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, al referirse a la carga de la prueba; se advierte que, el dispositivo legal establece que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie.

Los Jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de

oficio.

También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad.

Con respecto a los órganos de gobierno, encontramos en el Título II, la organización del Ministerio Público, específicamente el artículo 36, establece como Órganos del Ministerio Público los siguientes:

- 1) El Fiscal de la Nación.
- 2) Los Fiscales Supremos.
- 3) Los Fiscales Superiores.
- 4) Los Fiscales Provinciales.

El artículo 66° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece las atribuciones del Fiscal de la Nación, mencionando las siguientes:

- 1) Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad.
- 2) Ejercitar ante la Sala de la Corte Suprema que corresponda, las acciones civiles y penales a que hubiere lugar contra los altos funcionarios señalados en el Artículo 99 de la Constitución Política del Estado, previa resolución acusatoria del Congreso.
- 3) Formular cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos; y
- 4) Ejercer el derecho de Iniciativa Legislativa, conforme a la Constitución.

En este último inciso, la Ley Orgánica del Ministerio Público concede al Fiscal de la Nación, el derecho de iniciativa legislativa, por consiguiente, en la actualidad, el representante legal del Ministerio Público, debería aceptar la propuesta legislativa de diversas personas naturales y/o jurídicas, para suprimir la intervención de los fiscales en los procesos civiles de divorcio; y asignarles funciones más apropiadas.

El artículo 85 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece que el Fiscal Supremo en lo Civil emitirá dictamen previo a la resolución judicial en los

procesos siguientes:

1. De nulidad o anulabilidad del matrimonio, separación de los casados o de divorcio, en cuanto se tienda a asegurar los derechos de los hijos menores de edad e incapaces, así como los del cónyuge sin bienes propios y la defensa del vínculo matrimonial.
2. En los que tengan derechos o intereses morales o económicos los menores o incapaces.
3. En los que es parte un ausente.

3. COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN (CERIAJUS)

La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración (CERIAJUS), tuvo un grupo de trabajo temático sobre modificaciones puntuales de códigos en nuestro país; así conforme al acuerdo adoptado por la Comisión de reforma de la Administración de Justicia (CERIAJUS) el grupo de trabajo sobre códigos y normas concretas le correspondió proponer cambios respecto al Código Procesal Civil, Código del Niño y del Adolescente, Ley Procesal de Trabajo y otras normas referidas a materia constitucional, contencioso administrativo y demás que puedan modificarse, a fin de atender el requerimiento de justicia que reclaman los peruanos.

En este sentido se propone modificaciones legislativas a fin de:

1. Mejorar la solución de conflictos en determinadas materias que involucran a grupos importantes de peruanos.
2. Coadyuvar al cumplimiento del Principio de gratuidad en la administración de justicia.
3. Variar los mecanismos procesales para agilizar los juicios.

Por ello es que, el CERIAJUS, también ha planteado una reforma legislativa en lo que respecta a la Separación convencional y ulterior divorcio, entendiendo que la decisión de los cónyuges de dejar sin efecto el matrimonio civil no va a provocar mayor interferencia en la paz y orden social, en tanto se trata de la voluntad de convertir en ineficaz la unión de dos personas presumiblemente

maduras, se debe contar con un proceso judicial ágil y expeditivo, eliminando además las facultades unilaterales que desnaturalizan la voluntad conjunta inicial de los cónyuges y que se convierten en instrumento de coacción para otros fines, intereses, entonces; tendrán el legítimo derecho de acudir al órgano jurisdiccional, al Notario o a las Municipalidades para pedir su divorcio,

El artículo 89 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, al establecer que son atribuciones del Fiscal Superior en lo Civil:

A. Emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia:

- 1) En los juicios y procedimientos a que se refiere el artículo 85.
 - 2) En los incidentes sobre oposición al matrimonio de quienes pretenden contraerlo.
 - 3) En los procedimientos que tengan por objeto velar por la moral pública y las buenas costumbres.
 - 4) En los procedimientos para resolver los conflictos de autoridad y las contiendas de competencia.
 - 5) En los que sigan terceros contra los fundadores de una sociedad anónima de constitución por suscripción pública, en los casos de responsabilidad solidaria que establece la Ley de la materia.
 - 6) En los casos de rehabilitación del quebrado.
4. En las tercerías contra el embargo trabado en bienes del procesado penalmente o del tercero civilmente responsable, así como en la quiebra de cualquiera de ellos. En estos casos podrá solicitar la información que convenga al Fiscal Superior en lo penal que conoció del embargo o su sustitución.
5. En los procedimientos contencioso-administrativos.
6. En los demás que le señala la Ley.

B. El dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal en los casos que expresamente señala la Ley.

Entonces; ¿Cuál, es la razón de la obligatoriedad de remitir los expedientes de divorcio a los Despachos fiscales para dictamen?, la respuesta es obvia,

no es relevante.

Así pues, nos encontramos en un caso en que el dictamen del fiscal es irrelevante, de ahí que la propuesta de la presente investigación resulta válida, al plantear la supresión de la intervención del Ministerio Público en el proceso judicial de divorcio.

Lo mismo sucede con la intervención del Ministerio Público, previsto en el artículo 89 - A de la Ley Orgánica del Ministerio Público, al establecer que son atribuciones del Fiscal Superior de Familia:

- a) Emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia:
 1. En los procesos a que se refiere el Artículo 85 incisos 1, 2, 3, 4, y 5 de la presente Ley.
 2. En los incidentes sobre oposición al matrimonio de quienes pretender contraerlo.
- b) El dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal en los casos que expresamente señala la ley.
- c) Emitir dictamen previo a la resolución final superior:
 - 1) Cuando el Tribunal competente revise la investigación practicada en los casos de no ser habido un menor de edad que se hallare en abandono o peligro moral o que se le presume autor o víctima de delito.
 - 2) En las investigaciones seguidas en los casos de menores peligrosos, o en estado de abandono o riesgo moral, o de comisión de delito, en las que la audiencia que celebre el Tribunal competente será estrictamente privada y tendrá toda preferencia.

Asimismo, el art. 96 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que son atribuciones del Fiscal Provincial en lo Civil:

- Intervenir como parte, ejercitando los recursos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los juicios de nulidad de matrimonio, de separación de los casados y de divorcio.

- Emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia en los demás casos a que se refiere el artículo 89 de la presente Ley.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, organismo autónomo del Estado, organizado jerárquicamente, que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la Sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil.

También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la Ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú; evidenciándose una gran variedad de labores resaltantes en virtud a la protección en la legalidad, considerando que su intervención como parte en los procesos judiciales de divorcio, es decir en la disolución de un acto en que no intervino ni participó y por el que tal disolución obedece a asuntos con los celebrantes, ajenos al Ministerio Público, constituye una mera formalidad.

SUB CAPITULO VII

EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL.

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE FORMA;

2. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE FONDO O MATERIALES

EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

Para que en un proceso se produzca una relación jurídica procesal válida no basta la interposición de la demanda, la presencia de las partes y la intervención del Juez. Para que un proceso sea válido y eficaz deben estar presentes en él los denominados presupuestos procesales, unos de orden formal y otros de orden material o de fondo.

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE FORMA son:

- La demanda en forma,
- La capacidad procesal de las partes;
- La competencia del Juez;

2. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE FONDO O MATERIALES, o también llamadas condiciones de la acción, son:

- La existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, lo que otros denominan la voluntad de la ley;

La legitimidad para obrar.

El interés para obrar: considero que el Ministerio Público no tiene interés para obrar, porque cualesquiera que fuere el sentido de la sentencia no afectará al indicado organismo autónomo del Estado, sino a los intereses de alguno de los cónyuges.

- Que la pretensión procesal no haya caducado, como sostienen algunos autores.

Los presupuestos procesales de forma y de fondo son requisitos ineludibles para que se genere una relación jurídica procesal válida y para que, por consiguiente, exista proceso válido para resolverse sobre el fondo de lo pretendido y no dictar sentencias meramente inhibitorias.

En términos generales, se entiende por presupuestos procesales las condiciones que se requieren para que la relación jurídica procesal nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito. Su ausencia produce un fallo inhibitorio que no hace tránsito a cosa juzgada.

"Los presupuestos procesales son los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida. También se dice que son las "condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder - deber del juez de proveer sobre el mérito".

Monroy, entiende por presupuestos procesales a las condiciones que se requieren para que la relación jurídica nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito. Su ausencia produce un fallo inhibitorio que no hace tránsito a cosa juzgada.

CAPÍTULO III

ANALISIS DE RESOLUCIONES JUDICALES

ANALISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES

1. **EXPEDIENTE N° 02469-2011-01-1601-JR-FC-02**, sobre Divorcio por causal de separación de hecho; seguido por Teobaldo Arquímedes Rebaza Sánchez contra Rosa Nélida Córdova Esquerre y el Ministerio Público, ante el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; quién a través de la Sentencia contenida en la Resolución Número Veintiuno de 24 de marzo de 2014, se advierte que la demanda fue dirigida también contra el Ministerio Público, demandándose el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuge; que la sociedad conyugal no adquirió bienes muebles o inmuebles; que los hijos habidos en el matrimonio son mayores de edad y que no existe cónyuge perjudicado.

De la misma sentencia se advierte que el Ministerio Público, con escrito de folios treinta y siete a treinta y ocho (es decir en solo dos folios) la representante del Ministerio Público, absuelve el traslado de la demanda en los términos que expone, oponiéndose a la disolución del vínculo matrimonial; no advirtiéndose la presentación u alegación diferente y/o adicional.

Dentro de las diligencias actuadas, no se advierte una relacionada con la actuación del Ministerio Público, por el contrario reiterando la absolución del traslado de la demanda, refiere que sólo se opuso a la disolución del vínculo matrimonial; por tanto haciendo referencia a los hechos alegados por el demandante, declaró fundad la demanda sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia, declaró disuelto el vínculo matrimonial.

2. **EXPEDIENTE N° 0235-2015-2014-0-1601-JR-FC-04**, sobre Divorcio por causal de separación de hecho; seguido por Rosa María Luján Luján contra Emilio Sabas Herrera Rojas y el Ministerio Público, ante el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; quién a través de la Sentencia contenida en la Resolución Número Ocho de 3 de enero de 2017, se advierte que la demanda fue dirigida también contra el Ministerio Público,

demandándose el divorcio por causal; que no concibieron hijos con el demandado, quién tuvo un hijo extramatrimonial.

De la misma sentencia se advierte que el Ministerio Público, con escrito de folios 27 a 29 (es decir en solo tres folios) el representante del Ministerio Público, absolvió el traslado de la demanda

Dentro de las diligencias actuadas, respaldadas en el reporte del SIJ no se advierte una relacionada con la actuación del Ministerio Público, por el contrario, reiterando la absolución del traslado de la demanda, declaró fundad la demanda sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia, declaró disuelto el vínculo matrimonial entre la demandante y el demandado.

3. **EXPEDIENTE N° 0140-2013-0-1601-JR-FC-04**, sobre Divorcio por causal de separación de hecho; seguido por Otilio Castro Ríos contra Edith Bertha Morales Culquey el Ministerio Público, ante el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; quién a través de la Sentencia contenida en la Resolución Número Doce de 22 de junio de 2015, se advierte que la demanda fue dirigida contra la demandada y el Ministerio Público, demandándose el divorcio sustentada en la causal de separación de hecho, que no han procreado hijos, y que tampoco han adquirido bien alguno; que no existe cónyuge perjudicado, pues ambas partes ante sy con posterioridad a la separación de hecho, han continuado su ritmo de vida habitual, por lo que solicita el cese de la obligación alimentaria.

De la misma sentencia se advierte que el Ministerio Público, con escrito de folios veinticinco a veinte y ocho (es decir en solo cuatro folios) la representante del Ministerio Público, absuelve el traslado de la demanda en los términos expuestos.

Dentro de las diligencias actuadas, no se advierte una relacionada con la actuación del Ministerio Público; así declaró fundad la demanda sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia, declaró disuelto el

vínculo matrimonial contraída entre los cónyuges, fenecido el régimen de la sociedad de gananciales y el cese de la obligación alimentaria.

4. **EXPEDIENTE N° 03209-2012-0-1601-JR-FC-02**, sobre Divorcio por causal de separación de hecho; seguido por Luis Humberto Fernández Matute contra Claudia Esther Chumbes Campos y el Ministerio Público, ante el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; quién a través de la Sentencia contenida en la Resolución Número Dieciséis de tres de enero de 2014, se advierte que la demanda fue dirigida contra la demandada y el Ministerio Público, demandándose el divorcio por causal de separación de hecho; que han procreado una hija quien es mayor de edad; que no ha existido perjuicio económico, que respecto a los alimentos solicita el cese entre cónyuges, que no han adquirido bienes muebles e inmuebles durante la vigencia del vínculo matrimonial.

De la misma sentencia se advierte que el Ministerio Público, con escrito de folios cuarenta y tres a cuarenta y cuatro (es decir en solo dos folios) la representante del Ministerio Público, absuelve el traslado de la demanda en los términos que expone, oponiéndose a la disolución del vínculo matrimonial; no advirtiéndose la presentación u alegación diferente y/o adicional.

Dentro de las diligencias actuadas, no se advierte una relacionada con la actuación del Ministerio Público, por el contrario reiterando la absolución del traslado de la demanda, refiere que sólo se opuso a la disolución del vínculo matrimonial; por tanto haciendo referencia a los hechos alegados por el demandante, declaró fundada la demanda sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia, declaró disuelto el vínculo matrimonial, fenecido el régimen de la sociedad de gananciales, el cese de la obligación alimentaria entre cónyuges, entre otros.

5. **EXPEDIENTE N° 02009-2012-0-1601-JR-FC-02**, sobre Divorcio por causal de separación de hecho; seguido por Rómulo Marmel Gonzales Villanueva contra Ofelia Pizarro Aramburo y el Ministerio Público, ante el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; quién a través de la

Sentencia contenida en la Resolución Número Dieciocho de 23 de abril de 2015, se advierte que la demanda fue dirigida contra la demandada y el Ministerio Público, demandándose el divorcio por causal de separación de hecho por encontrarse separados por más de dos años, señala que no han procreado hijos y tampoco han adquirido bienes sociales.

De la misma sentencia se advierte que admitida la demanda, se corre traslado a la demandada y a la representante del Ministerio Público, por un plazo de treinta días, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde en caso de incumplimiento.

Dentro de la misma sentencia se advierte que mediante resolución número once de fecha once de julio de dos mil trece, a folios setenta y nueve a ochenta, se declara rebelde al Ministerio Público, al no haber absuelto el traslado de la demanda dentro del plazo de ley y se declara saneado el proceso; siendo de precisar que a la demandada se le emplazó por edictos para contestar la demanda bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal, el mismo que fue designado quién contestó la demanda conforme resolución diez de trece de junio de dos mil trece, a folios setenta y cinco; por tanto haciendo referencia a los hechos alegados por el demandante, declaró fundada la demanda sobre divorcio por la causal de separación de hecho, en consecuencia, declaró disuelto el vínculo matrimonial, fenecido el régimen de la sociedad de gananciales y el cese de la obligación alimentaria entre cónyuges, perdiendo el derecho de heredar entre sí.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CONCLUSIONES

RECOMENDACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

- 1) El Debido Proceso es pues, un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del Proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al Juez.
- 2) Es incuestionable que la actividad procesal llevada para resolver los procesos debe realizarse en un plazo razonable; y entre estos, en el proceso judicial de divorcio, con la exclusión de la intervención del Ministerio Público como parte, constituiría un paso importante para recobrar la confianza en nuestra administración de justicia.
- 3) El Ministerio Público, es un organismo constitucionalmente autónomo, que está al servicio de la sociedad y de la administración de justicia, defiende la legalidad, los intereses públicos, la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia, fortaleciendo el Estado democrático, social y de derecho; es decir con tarea suficiente como emplear esfuerzo, trabajo y tiempo; considerando que su intervención como parte en los procesos judiciales de divorcio, es decir en la disolución de un acto en que no intervino ni participó y por el que tal disolución obedece a asuntos con los celebrantes, ajenos al Ministerio Público, constituye una mera formalidad.
- 4) Parte, es quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión. En todo proceso, intervienen dos partes: una que pretende en nombre propio o en cuyo se pretende la actuación de una norma legal, por ello la importancia de determinar las partes en la relación jurídica material y, luego, las partes en el proceso correspondiente, para poder explicar la presencia de la Relación jurídica procesal que nuestro ordenamiento procesal civil exige como condición para la validez y eficacia del proceso como instrumento jurisdiccional. Empero, debemos señalar que el concepto de parte se utiliza con más frecuencia en el ámbito procesal, de modo que parte en el proceso es quien reclama y contra quien se reclama la satisfacción de una pretensión procesal. Los terceros

incorporados al proceso suelen considerarse como parte en el proceso, dependiendo de la naturaleza del interés con que se incorporan a él.

- 5) De las sentencias de los Expedientes judiciales por procesos de Divorcio por causal de separación de hecho, analizadas en la investigación, cuyas demandas fueron trasladadas al representante del Ministerio Público, por ser parte en los procesos, se advierte que en un ochenta por ciento (80%) se absolvió tal traslado a través de un escrito de un promedio de no más de tres folios, advirtiéndose la continua, repetida y única postura de oposición a la disolución del vínculo matrimonial y en un veinte por ciento (20%), sin pronunciamiento o absolución a la demanda puesta en conocimiento, con su consecuente declaración de rebeldía del representante del Ministerio Público; pero que en general sin mayor actuación en la secuela del proceso, esto es constituyendo una mera formalidad el traslado de la demanda, con su consecuente y repetida absolución de oposición a la disolución del vínculo matrimonial, que no inciden al momento de resolver el proceso, situación que aun en el caso de la rebeldía del Ministerio Público se procedió disolviendo el vínculo matrimonial.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La actuación muy limitada y meramente formalista, constituye el sustento para suprimir la intervención del Ministerio Público, como parte en el proceso judicial de divorcio.

SEGUNDA. Si bien el artículo 481 del Código Procesal Civil prescribe que el Ministerio Público es parte en el proceso judicial de divorcio; contradictoriamente el artículo 480 del mismo código, refiere que el proceso se impulsa a petición de parte, siendo facultad exclusiva de los cónyuges la de impulsar el proceso, advirtiéndose que por ser el matrimonio de naturaleza contractual, bilateral, en que el Ministerio Público no intervino, no argumenta pretensión alguna, limitándose a formular oposición, sin sustento legal o fáctico suficiente.

TERCERA. No obstante el Ministerio Público es parte en el proceso judicial de divorcio, no puede accionar todos los medios técnicos de defensa como tal; así, no puede impulsar el proceso, no puede solicitar la declaración de rebeldía del cónyuge que no absuelve el traslado de la demanda, solicitar fecha de audiencia, ni interponer recursos impugnatorios.

CUARTA. En procesos judiciales de separación de cuerpos, separación convencional y el mismo proceso judicial de divorcio, donde se discuten derechos de menores y/o adolescentes en situación de riesgo, o abandono, así como cuando se trate de incapaces sin discernimiento, y en los casos de protección patrimonial de éstos, constituyen supuestos, relacionados con la disolución del vínculo matrimonial, en que el Ministerio Público debe intervenir como parte; pero con atribuciones y facultades que le permita cumplir un rol mucho más proactivo y no meramente formalista.

QUINTA. La supresión de la intervención del Ministerio Público como parte en el proceso judicial de divorcio, no solo implicará descongestionar la abundante carga procesal; sino también la eliminación de etapas y tiempo en el proceso, efectivizando a los principios de economía y celeridad procesal, así como obtener un resultado inmediato y oportuno, cumpliendo con una Tutela Jurisdiccional Efectiva, toda vez que su ausencia no repercutirá en el fondo de la controversia

RECOMENDACIÓN

Como alternativa de cambio, se formula la siguiente modificación legislativa que prevé la supresión de la intervención del Ministerio Público, como parte en el proceso judicial de divorcio.

PROYECTO DE LEY

“SUPRESIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO PARTE, EN EL PROCESO JUDICIAL DE DIVORCIO”

Visto:

El proyecto de ley presentado por el Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad, suscrito por su decano Dr. Manuel Montoya Goicochea, en virtud a la facultad de iniciativa legislativa prevista en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú relacionado con la “supresión de la intervención del Ministerio Público como Parte, en el proceso Judicial de Divorcio” y consecuente modificación del artículo 481 del Código Procesal Civil.

CONSIDERANDO:

Qué; el vigente Texto único Ordenado del Código Procesal Civil, en su Sección Quinta regula las disposiciones legales y procesales referidos a los Procesos Contenciosos; en su Título I al Proceso de Conocimiento; así en su Capítulo II Disposiciones Especiales y en su Sub Capítulo 1 a la Separación de Cuerpos o Divorcio por Causal.

Qué; el artículo 480 del referido Código Procesal Civil, establece que *“Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los numerales 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este subcapítulo. Estos procesos solo se impulsarán a pedido de parte. Cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos. El Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria conforme lo establece el artículo 326 del Código Procesal Civil, en la cual oír a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo. El Juez evalúa las*

coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad, asimismo tomará en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto a dichas pretensiones.”

Qué; el artículo 481 del referido Código, establece: *“El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen”*.

Que, conforme el numeral 3 del artículo 159 de la Constitución Política del Estado, corresponde al Ministerio Público: *“Representar en los procesos judiciales a la Sociedad”*.

Qué; constituye una garantía del Estado de Derecho la plena sujeción a la normativa constitucional y dentro de dicho sistema legal la estricta observancia, entre otras a las garantías constitucionales de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, la misma que implica obtener un resultado en el más breve plazo, conforme a los principios de celeridad y economía procesal, en tal sentido se garantiza, la actuación de diligencias que dilata o retardan la prosecución y eventual culminación de los procesos jurisdiccionales.

Qué; en la actualidad, el Poder Judicial en nuestro país, viene atravesando por una crisis de confiabilidad y seguridad ante la Sociedad civil, por diferentes causas; entre otras, por la dificultad de resolver los procesos judiciales, no solo en el tiempo que la propia Ley establece, si no en tiempo incierto, generando un retardo en la administración de justicia; de ahí la necesidad y la exigencia de aquella sociedad porque los procesos sean resueltos de manera más ágil y oportuna en clara efectivización de los Principios de economía y celeridad procesal.

El Ministerio Público no es ajeno a esta problemática, que se agudiza con la elevada carga procesal que ostenta; déficit presupuestal que incide en sus recursos logísticos, como de personal, (que incluye el reducido número de Fiscales); por ello, si bien como defensor de la Legalidad en nuestra legislación, se hace necesaria una exhaustiva revisión de todos aquellos supuestos en los que si bien por mandato de la propia Ley debe intervenir; tal intervención debe corresponder a una real necesidad.

Qué; el Ministerio Público es parte en el proceso judicial de Divorcio, es decir en aquel destinado a disolver el matrimonio, un acto en el que no intervino y en el que no existiendo descendencia, ni adquirido bienes en su respecto régimen patrimonial conyugal, por repartir; que además es un proceso que se inicia y tramita a instancia de parte, constituyendo una mera formalidad; de ahí la necesidad de aprobar la supresión de su intervención, como en los procesos de Separación de cuerpos, Separación Convencional, incidiendo que tal intervención debe continuar en aquellos procesos donde se advierta la presencia de niños y adolescentes en situación de riesgo, o abandono, así como cuando se trate de incapaces sin discernimiento, y en los casos de protección patrimonial de éstos; con tal propuesta esperamos reconducir esfuerzos y recursos a otros procesos, disminuyendo la carga procesal tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial y hacer más efectiva la Tutela Jurisdiccional Efectiva de los cónyuges al poner fin sin mayor dilación, el Matrimonio.

Estando a lo expuesto y, de conformidad a la Constitución Política del Estado.

SE RESUELVE:

Artículo Primero: Modificar el artículo 481 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, suprimiendo la intervención del Ministerio Público en el proceso judicial de divorcio, con excepción de aquellos casos en que se advierta la presencia de niños y adolescentes en situación de riesgo, o abandono, y cuando se trate de incapaces sin discernimiento, y en los casos de protección patrimonial de éstos; en consecuencia, quedará redactado de la siguiente manera.

Artículo 481: *“El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen, sólo en los supuestos en que se advierta la presencia de niños y adolescentes en situación de riesgo, o abandono, así como cuando se trate de incapaces sin discernimiento, y en los casos de protección patrimonial de éstos”.*

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE.

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Civil.

Código Procesal Civil.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley Orgánica del Ministerio Público.

DOCTRINA.

CANELO, Raúl. *Hacia una reforma integral del proceso Civil en busca de la Justicia pronta.*

GELZIBUDART, Alonso. (2006). *¿Acceso a la justicia o al Poder Judicial? Instituto Panamericano de Derecho Procesal. La Simplificación procesal. XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal.* Buenos Aires. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista

GÓMEZ, Manuel. (1968). *El Divorcio en República Dominicana.* Ediciones Capeldom.

GONZALES, A. (1999). *El Concubinato.* Caracas. Editorial Buchivacoa.

GOZAINÍ, Osvaldo. (1995). *Formas alternativas para la resolución de conflictos.* Buenos Aires. Ediciones Desalma.

GÜITRON, Julián. (2004). *Proyecto de Código de Procedimientos Familiares. Tipo para los Estados Unidos Mexicanos.* México. Porrúa.

LEDESMA, Marianella. (2006). *En la Constitución Política comentada.* Lima. Gaceta Jurídica.

LEDESMA, Marianella. (2008). *Comentarios al artículo 574 del Código Procesal Civil*. Lima. Gaceta Jurídica.

LUCAS, Gualberto. (1996). *Proyectos de Reforma y Experiencias en América Latina. Instituto Panamericano de Derecho Procesal. La Simplificación procesal. IX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*. Buenos Aires.

PERALTA, Javier. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima. IDEMSA, 3era. Edición.

VIDAL, Fernando. (2006). *En la Constitución Política comentada*. Gaceta Jurídica.