

**“AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION Y LA IMPUNIDAD”**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**EXPEDIENTE CIVIL N° 2008-143-0-2501-JR-FA-3**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**

**AUTOR: SANCHEZ LOLI KAROL ROSARIO**

**CHIMBOTE – PERU**

**2019**

**PALABRAS CLAVES:**

<b>TEMA:</b>	<b>DIVORCIO</b>
<b>ESPECIALIDAD:</b>	<b>CIVIL</b>

**KEYWORDS:**

<b>THEME:</b>	<b>DIVORCE</b>
<b>SPECIALTY:</b>	<b>CIVIL</b>

**Línea de Investigación: DERECHO.**

**DEDICATORIA:**

Dedico el presente trabajo, en primer lugar a Dios y a mis padres, agradecerles por la comprensión y el constante apoyo brindados a lo largo del proceso de mi realización profesional.

## **AGRADECIMIENTO**

Mi agradecimiento especial a ese ser supremo, que es Dios por no haber dejado que me rindiera en ningún momento y hacer posible que siempre logre alcanzar mis objetivos.

A mis queridos padres, por creer en mí, darme amor, un gran ejemplo y muchos valores. Mi agradecimiento hacia ustedes va hacer eterno. Gracias por estar siempre acompañándome y apoyándome en cada momento de mi vida.

## INDICE

PALABRAS CLAVES .....	II
DEDICATORIA .....	III
AGRADECIMIENTO .....	IV
RESUMEN .....	VI
DESCRIPCION DEL PROBLEMA .....	VII
MARCO TEORICO	
CAPITULO I .....	1
CAPITULO II .....	11
CAPITULO III .....	24
ANALISIS DEL PROBLEMA .....	32
CONCLUSIONES .....	39
RECOMENDACIONES .....	40
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS .....	41

## RESUMEN

El presente expediente civil se tramite vía proceso de conocimiento, versa sobre divorcio por causal de separación de hecho, entre Juan Julio Paredes Domínguez y Nancy Rebeca Cadenillas Preciado, en el que el demandante dice haber contraído matrimonio con la demandada en el año 1981 y que, según alega, están separados desde el año 1997, tiempo transcurrido suficiente para que se configure lo plateado judicialmente, en conformidad con los artículos 424, 425, 480 y 481 del Código Procesal Civil. La demandada absuelva la demanda y apersonándose al proceso contesta la misma, solicitando se declare improcedente y de ser el caso se mantenga la pensión por concepto de alimentos a su favor y se reconozca una reparación civil por el daño moral, psicológico y económico al ser la cónyuge ofendida. Mediante Resolución N° 08 de fecha 13 de abril del 2009 el despacho considera que el demandante no ha acreditado en autos el requisito especial del artículo 345-A del Código sustantivo (Código Civil), fallando **DECLARAR IMPROCEDENTE** la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho.

Estos hechos se han ventilado en la Corte Superior de Justicia del Santa, específicamente en el tercer juzgado de familia, el mismo que analizando el proceso de conocimiento llevo a cabo todas y cada una de las etapas que en el mismo se desarrollan, respetando estrictamente el debido proceso hacia las partes.

## DESCRIPCION DEL PROBLEMA

Cuando se habla de la institución del Divorcio, hay que hacerlo teniendo en cuenta que es una figura que en la medida de la evolución de la sociedad ha sufrido modificaciones que en la práctica han permitido solucionar conflictos en muchos casos innecesarios de cónyuges que habían fracasado en sus matrimonios. Es pertinente mencionar además que, se debe establecer una línea divisoria entre los divorcios por causales inculpatorias y las que no lo son, es decir en el grupo de las primeras se encuentran causas como “el adulterio” y en las segundas “el solo hecho de haber incurrido en una separación de cuerpos”. En el presente caso el demandante Juan Julio Paredes Domínguez plantea y fundamenta su demanda señalando que si bien en el año 1981 contrajo matrimonio con doña Nancy Cadenillas Preciado, es a partir del año 1997 que dejan de hacer vida en común, muy a pesar que dentro de ese matrimonio procrearon 5 hijos, todos mayores de edad al momento de interposición de la demanda, esto es, enero del 2008. Señala que, la madre de sus hijos, ha iniciado una nueva relación al igual que él, en cuyo caso tiene 2 menores hijos producto de su actual relación con Maruja Noemí Guzmán Cruz.

Independientemente de lo señalado, hay un dato revelador que aporta el mismo demandante y que resultará ser un punto de quiebre en su pretensión que tiene que ver con la demanda de alimentos que en su momento la demandada le interpuso con la finalidad que este recurra a sus menores hijos con una pensión alimenticia a favor de ellos y el suyo como cónyuge en ese entonces. La demandada al hacer uso de su derecho de defensa, contesta la demanda y entre otras cosas, confirma que ya no mantiene una relación de convivencia matrimonial con el demandante, pero que lejos de lo que él afirmó en cuanto que la separación se dio por motivos de incomprensión, señala que en realidad fue el demandante quien por cuenta propia decidió irse del hogar conyugal. Indica además que, cuando interpuso la demanda de alimentos es porque el demandante tuvo a sus hijos en estado de abandono como también a su persona, y que una de las

muestras que no tenía intenciones de responder como padre obedece al hecho que el caso de uno de sus hijos ni siquiera fue reconocido por el accionante.

La juez de primera instancia al momento de realizar una tesis introductoria de la institución jurídica materia de litis, señala, entre otros, que para el caso en particular si bien el demandante no ha indicado donde se encontraría ubicado el hogar que fue el denominado “conyugal”, ello no reviste mayor importancia en tanto y en cuanto no nos encontramos ante un proceso en el que se pretenda invocar el divorcio por una causa inculpadora, es decir, que esta se dé porque uno de los cónyuges faltó a su obligación frente a otro. Sino por el contrario lo que se pretende probar es que para el caso, se han cumplido con los elementos material – objetivo y temporal que exige la norma cuando se trata de Divorcio por causal de Separación de hecho. Hecha la aclaración y resaltando la no importancia del análisis de la dirección del hogar conyugal, el juzgado resalta además que si bien el demandante ha indicado en su escrito de demanda que “renuncia” al que fuera su hogar conyugal y otros bienes, no ha aportado medio alguno que pruebe que en realidad los mismos existen. La forma de determinar si se ha concretado el elemento material consiste en que quede en evidencia que en realidad existe el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal generando con ello un “quebrantamiento permanente”.

Queda claro entonces que la necesidad de solución para el presente caso recaído en el expediente N° 2008-143-0-2501-JR-FA-3 radica en determinar si el tiempo transcurrido desde la alegada separación de cuerpos por parte del demandante, cumple con lo dispuesto en la norma que regula la pretensión.

## CAPITULO I

### MARCO TEORICO

#### NOCIONES PRELIMINARES

➤ **ETIMOLOGIA:**

Etimológicamente viene de la voz latina divortum, que a su vez proviene del verbo divertere, que significa “separarse” o irse cada uno por su lado.

En sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida propia del matrimonio, por ruptura del vínculo conyugal, o por separación de los consortes. La noción comprende tanto al denominado divorcio absoluto como al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica.

➤ **DEFINICIONES:**

**CABELLO MATAMALA, JULIA;** señala por el divorcio que: “a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nupcias. Cabe señalar que ambas figuras se asemejan en cuanto requieren ser declarados judicialmente; aunque algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa, como por ejemplo, es el caso de los divorcios convencionales declarados en el Japón.” (CABELLO MATAMALA, 2003).

**MANUEL MURO ROJO Y ALFONSO REBAZA GONZALES,** señala que si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. (MURO ROJO & REBAZA GONZALES, 2003).

➤ **CLASES DE DIVORCIO:**

La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial.

Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

- **DIVORCIO COMO SANCIÓN**

Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges o a ambos como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

- **DIVORCIO COMO REMEDIO**

Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio,

independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó.

Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar al divorcio remedio en:

- A) Divorcio-remedio restringido:** cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.
  
- B) Divorcio-remedio extensivo:** que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (numerus clausus), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (numerus apertus).

A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatória alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge

demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

➤ **CAUSALES DE DIVORCIO:**

Nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos, estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos, entre ellas:

- **EL ADULTERIO**

Se configura esta causal mediante el trato sexual de uno de los cónyuges con una tercera persona, violándose así el deber de fidelidad que nace del matrimonio (Caso. El Peruano, 02-09-2002, pg. 9133). El cónyuge ofendido deberá probar esta causal con prueba idónea; ejemplo: la partida de nacimiento del hijo adulterino. La violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias.

Antiguamente, se denominaba a este hecho como sevicia pero actualmente tanto la violencia física como el maltrato psicológico que un cónyuge puede inferir contra el otro revestirían esta causal. La causal concurre con un hecho intencional, objetivamente constatable; además, la acción debe

producir un daño que determine la imposibilidad de continuar la vida en común.

- **LA VIOLENCIA FÍSICA O PSICOLÓGICA, QUE EL JUEZ APRECIARÁ SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS:**

Son los continuos y reiterados actos de violencia física o psicológica de un esposo contra el otro. Pueden ser por medio de golpizas o insultos. La causal pierde su efecto a los seis meses de ocurrido el acto violento.

En esta causal lo más complicado es probar el triángulo de la violencia, es decir: el autor, el daño y el nexo entre ambos. No bastan los famosos exámenes médicos, más aún cuando no se puede sacar conclusión alguna de estas.

- **EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE:**

Se trata de la acción deliberada de un cónyuge de querer dar muerte al otro. La acción es necesariamente intencional y la prueba debe ser fehaciente y no dejar lugar a dudas de que esa fue la intención. El problema se esclarecerá dentro del correspondiente proceso penal.

En esta causal debe existir por lo menos una investigación policial previa que señale al autor del hecho.

- **LA INJURIA GRAVE, QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN:**

Debe entenderse como toda ofensa grave orientada a atacar el honor del otro cónyuge; no se trata pues de cualquier ofensa, sino que la misma debe ser de tal magnitud que resulte ya insostenible seguir compartiendo la vida matrimonial.

El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono

exceda este plazo. Se trata de la deserción del hogar conyugal con el evidente propósito de parte del cónyuge que asume esa conducta al cumplimiento de sus obligaciones de esposo. Esta causal exige tres requisitos: A) que el demandado haya dejado la casa como común, B) que dicha acción sea injustificada, C) que el abandono se prolongue por más de dos años.

- **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:**

Es la salida física del último domicilio conyugal por uno de los esposos por un periodo mínimo de dos años. Salida que debe ser sin justificación alguna, abandono que no solo es físico sino también económico.

Esta causal es parecida a la de separación de hecho pero es totalmente distinta, lo complejo en esta causal es acreditar lo “injustificable” de la salida del esposo(a) que abandono el hogar, para ello no bastan las denuncias policiales que haga el esposo (a) abandonado.

- **LA CONDUCTA DESHONROSA QUE HAGA INSOPORTABLE LA VIDA EN COMÚN:**

Son actos realizados por uno de los esposos que son vergonzosos para el otro, como por ejemplo: los escándalos, ebriedad y alcoholismo, actos delincuenciales, frecuentar prostíbulos, o constantes actos de infidelidad en la que no fuera posible acreditar el adulterio.

Implica una secuencia de actos deshonestos, que al afectar la personalidad del otro cónyuge le causan un profundo agravio, asimismo, perjudica seriamente la integridad y dignidad de la familia, atentando la estimación y respecto mutuos que debe existir entre marido y mujer.

- **USO HABITUAL E INJUSTIFICADO DE DROGAS ALUCINÓGENAS O DE SUSTANCIAS QUE PUEDAN GENERAR TOXICOMANÍA, SALVO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 347.-**

Es el constante uso de tóxicos y drogas injustificadas que genere adicción. En este caso el consumo debe haberse operado luego del matrimonio y debe ser continuo.

Acá se está compartiendo la vida común con un drogadicto que se ha convertido en potencial amenaza del cónyuge y de la familia. Por eso la ley ha querido obrar con justicia liberando al cónyuge inocente de una vida verdaderamente infernal.

- **LA ENFERMEDAD GRAVE DE TRANSMISIÓN SEXUAL CONTRAÍDA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO:**

Es cuando uno de los esposos adquiere una infección sexual necesariamente grave que no proviene del otro pero adquirida durante la vigencia del matrimonio.

Esta causal de suyo explica y justifica la razón del divorcio. Se quiere proteger a la pareja del contagio venéreo que supondría seguir manteniendo vida sexual con el enfermo; a la vez, se evita traer una progenie con taras mentales. Las llamadas ETS son enfermedades de naturaleza infecciosa o parasitaria que se transmiten por la relación sexual: ladillas, gonorrea, sífilis, herpes genital, VIH (SIDA), chancro, etc. La prueba es básicamente médica.

- **LA HOMOSEXUALIDAD SOBREVINIENTE AL MATRIMONIO:**

Es el acto sexual que mantiene uno de los esposos con tercera persona de su mismo sexo, homosexualidad que debe haber operado durante la vigencia del matrimonio.

La atracción física entre personas del mismo sexo configura homosexualismo y el tema se plantea de presentarse en uno de los esposos. Tal situación crearía a no dudarlo un estado insostenible para el matrimonio, lo que ha llevado a constituirlo como causal de divorcio.

- **LA CONDENA POR DELITO DOLOSO A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD MAYOR DE DOS AÑOS, IMPUESTA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO:**

Con esta causal se quiere evitar la deshonra del cónyuge inocente por hechos criminales repudiables cometidos por el otro, liberándole de la obligación de continuar atado legalmente. La prueba de la causal deberá recogerse del juicio penal que al efecto se ha de instaurar contra el cónyuge culpable.

- **LA IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN, DEBIDAMENTE PROBADA EN PROCESO JUDICIAL:**

Esta causal consiste en diversas conductas que perjudican al otro esposo(a) las que deben ser continuas y durante un tiempo prolongado.

Quizás sea esta la única causal abierta en donde pueden entrar hechos o motivos que no encuadran en las otras previstas por la ley. En realidad, es una salida que se ha querido brindar a la pareja para poner fin a sus conflictos. Por ejemplo, violencia familiar probada en un proceso de alimentos; o los actos reiterados de abandono de familia. Las otras dos causales restantes ya han sido explicadas al inicio.

- **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:**

Es la constatación fehaciente que debe hacer el juzgador a fin de acreditar que los cónyuges han optado en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de la convivencia y de la vida en común.

**- LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL, DESPUÉS DE TRANSCURRIDOS DOS AÑOS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO:**

La Separación Convencional, se podría entender como aquella referida a una de las causales previstas en el artículo 333º 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.

## CAPITULO II

### **DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO**

Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico.

#### **A MANERA DE EVOLUCIÓN**

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana.

**En el artículo 192 del Código Civil de 1852**, se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

**En el año 1930**, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su reglamento.

**En el año 1934**, se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del **Código Civil de 1936**.

**En el Código Civil de 1984**, no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado malicioso), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito

doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

➤ **DEFINICIONES DE LA CAUSAL DE LA SEPARACIÓN DE HECHO:**

Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras.

Así **AZPIRI, JORGE O.**, afirma que: “La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos”. (AZPIRI, 2000, pág. 256).

La **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: “(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos”.

➤ **NATURALEZA JURIDICA:**

La naturaleza jurídica de la causal, prima facie, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatórios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir.

➤ **ELEMENTOS O REQUISITOS CONFIGURATIVOS DE LA CAUSAL:**

Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: material, psicológico y temporal.

- **ELEMENTO MATERIAL:**

Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones, básicamente económicas, los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales. (Zannoni, Derecho Civil – Derecho de Familia, págs. 117-118.)

- **ELEMENTO PSICOLÓGICO:**

Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges, sea de ambos o de uno de ellos, para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, **QUISPE SALSAVILCA** refiere que: "(...) no se configura la causal cuando el corpus separationis se produce como resultado de una actividad la laboral, que indirectamente revela la presencia de una affectio maritalis. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter numerus clausus o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la affectio maritalis como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el animus de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente". (Quispe Salsavilca D, pág. 110)

**- ELEMENTO TEMPORAL:**

Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere.

La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda. La invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

- **DIFERENCIA CON OTRAS CAUSALES:**

Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros), sino sólo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En cambio, como se ha visto, en el divorcio sanción, las causales son inculpatorias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

**A) CON LA CAUSAL DE ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR CONYUGAL:**

Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges<sup>63</sup>, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser

perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias:

## **B) CON LA CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER LA VIDA EN COMÚN:**

Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos. (Hinostroza Minguez)

Para **QUISPE SALSAVILCA**, se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto sancionado por el legislador. (Quispe Salsavilca D. P., págs. 119-122.)

Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

### ➤ **EFFECTOS LEGALES:**

Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva<sup>29</sup>; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

- **El primer efecto o consecuencia, común a todas las causales es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial** y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del

derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345- A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, “(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares”. (Plácido Vilcachagua A. F., pág. 151).

- **Como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos**

Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

**A) El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado.** Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.

**B) La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos;** por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso

concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: “El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa”.

**LA NORMA BAJO ANÁLISIS AGREGA COMO OTROS EFECTOS DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, LOS SIGUIENTES:**

**a)** Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324).

**b)** Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352).

**c)** El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343).

**En caso de existir hijos menores de edad**, el divorcio por la causal de separación de hecho producirá por remisión del artículo 355 del Código Civil, además los siguientes efectos:

- Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra

cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340).

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

➤ **CUESTIONES PROCESALES DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO:**

- **PRIMER ASPECTO PROCESAL:**

La titularidad de la acción corresponde a los cónyuges, ya que tiene carácter estrictamente personal de acuerdo al artículo 334 Código Civil. El mismo que establece como excepción, si alguno de ellos es incapaz ya sea por enfermedad mental o por declaración de ausencia, la acción puede ejercitarse por cualquiera de sus ascendientes si se funda en una causa específica.

Algunos autores, sostienen que, “la acción de divorcio es una acción personalísima que solo puede ser intentada por el interesado, aunque ello no impide que se nombre representante para comparecer en juicio”. (BAQUERO ROJAS, 1994).

- **SEGUNDO ASPECTO PROCESAL:**

Está referido a la competencia, es competente el Juez de Familia del último domicilio conyugal, o el del lugar donde reside el demandado, a elección del demandante. El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartió de conformidad con el artículo 36 Código Civil.

**- TERCER ASPECTO PROCESAL:**

De conformidad con el artículo 113 de nuestro Código Procesal Civil Peruano, el Ministerio Público está autorizado para intervenir en un proceso civil como parte, como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite y como dictaminador.

En el proceso de divorcio por causal y tal como lo ha señalado el artículo 481 Código Procesal Civil, es parte el representante del Ministerio Público, por lo que no emite dictamen alguno.

**- CUARTO ASPECTO PROCESAL:**

Está referido a la vía procedimental, en este caso la vía es el proceso de conocimiento y sólo procede a pedido de parte.

De conformidad con el artículo. 475 inciso 1 del Código Procesal Civil, que ha señalado: Se tramitan en Procesos de Conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que:

"No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el juez considera atendible su tramitación".

La sujeción al proceso de conocimiento radica en que la sentencia, que declara la separación de cuerpos y divorcio por causal, modifica el estado de familia de los cónyuges al hacerlo pasar del de casados al de separados o divorciados con efectos erga omnes.

**- QUINTO ASPECTO PROCESAL:**

De conformidad con el artículo 357 del Código Civil, el demandante en cualquier estado de la causa, puede variar su demanda de divorcio

convirtiéndola en una separación de cuerpos, siendo su objeto posibilitar la reconciliación de los cónyuges.

Lo señalado constituye una excepción a la regla general regulada en el artículo 428 del Código Procesal Civil, por la cual solo se pueden modificar la demanda y la reconvención hasta antes de que sean notificadas.

**- SEXTO ASPECTO PROCESAL:**

El sexto aspecto procesal es que en el proceso de divorcio por causal, el actor debe proponer en la demanda la acumulación de pretensiones que, en relación con la principal de divorcio, tienen la calidad de accesorias como son: alimentos y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad y distribución de bienes gananciales

El artículo 485 del Código Procesal Civil señala:

“Después de interpuesta la demanda son procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; administración y conservación de los bienes comunes”.

**- SÉPTIMO ASPECTO PROCESAL:**

El séptimo aspecto por regla general es que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio de acuerdo a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil. Sin embargo, excepcionalmente, dicha norma no es aplicable en los casos de divorcio por separación de hecho de acuerdo al artículo 333 inc. 12 Código Civil que señala: "En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335”.

Finalmente la norma ha establecido un requisito procesal, que es “el estar al día en las obligaciones alimentarias”, si dicho requisito sería ¿de admisibilidad o de procedencia?

Si lo consideramos como requisito de procedencia, su incumplimiento ocasiona la indefectible declaración de improcedencia, para tal caso el legislador ha previsto los supuestos legales en forma taxativa, los cuales se encuentran previstos en el artículo 427 del Código Procesal Civil.

### **CAPITULO III**

#### **INDEMNIZACIÓN Y ADJUDICACION DE BIENES EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO**

En principio, no es presupuesto sine quanon de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa, en sentido amplio, cualquiera de los cónyuges, y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización.

Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación.

#### **➤ LA INDEMNIZACIÓN EN LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

##### **- CONCEPTO:**

En la doctrina y derecho comparado, se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria.

En nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio

cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aun cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.

No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado.

El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar.

Aun en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas.

Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor.

➤ **INDEMNIZACIÓN Y DAÑOS PERSONALES:**

Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre:

**a)** Los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda.

**b)** Los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

**En el primer supuesto**, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta:

- Su afectación emocional y psicológica.
- La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad.
- Si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros.

Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable, culpa en sentido amplio, de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

**En el segundo supuesto**, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con:

- La pérdida de pensiones o,

- Beneficios de seguros o,
- Rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio.

#### - **DAÑO A LA PERSONA:**

El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota **Fernández Sessarego**, aunque exista consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud (Fernández Sessarego, pág. 477).

- **El daño biológico**, representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima (Pizarro Ramón, 2004).
- **El daño a la salud**, representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico) (Pizarro Ramón, 2004).

- También algunos autores, como **CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO**, sostienen que el daño al “proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano.

En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida y por extensión el de proyecto de vida matrimonial a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad.

Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

**El daño a la persona**, es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial (Fernández Sessarego,

El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro homenaje a José León Barandiarán.)

En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral.

En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica (Ghersí, 2002).

➤ **ADJUDICACIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL:**

Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado,

deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar.

Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores.

Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia.

## **ANALISIS DEL PROBLEMA**

### **ACTUACIONES PREVIAS A LA EMISION DE LA SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA**

Con fecha 22 de enero de 2008 la persona de JUAN JULIO PAREDES DOMINGUEZ interpone demanda de Divorcio por causal de separación de hecho,

#### **- Petitorio:**

Pretensión principal: El demandante solicita que se les declare la disolución del vínculo matrimonial, por causal de separación de hecho, al concurrir (según alega) los requisitos necesarios para que se declare fundada su pretensión.

Pretensión accesoria: El demandante solicita que se le exonere de la obligación de prestar pensión alimenticia a favor de la demandada.

#### **- Fundamentos de Hecho:**

Los fundamentos expuestos fueron los siguientes: El recurrente señala que con fecha 11 de diciembre de 1981 contrajo matrimonio civil con la demandada Nancy Rebeca Cadenillas Preciado ante la Municipalidad Provincial del Santa, llegando a procrear cinco (5) hijos producto de dicha relación, Jorge Luis, Ronald Cristian, Héctor Paul, Nancy Milagros y Juan Erasmo Paredes Cadenillas, todos ellos mayores de edad. Señala además que con la demandada sostuvo una relación pacífica por espacio de unos años pero llegado el momento no pudieron soportar la vida matrimonial por causas de incomprensión y de caracteres, indica asimismo que la demandada y su persona no mantienen vida en común desde el año 1997, también menciona que la demandada tiene un nuevo compromiso que es el señor Antonio Araujo con quien lleva una relación de pareja, inclusive alega que han arrendado un departamento en el Jr. Simón Bolívar 111 Villa Magisterial – Chimbote la misma que es vivienda de la familia Mariños Ramírez, ya que la demandada no pernocta en las noches en el lugar que fue el hogar conyugal, solo acude a este lugar para cocinar a sus cinco hijos, para posteriormente regresar a su nueva dirección con su actual pareja. De igual forma el demandante indica que

mantiene vida en común con su nueva pareja la Sra. Maruja Noemí Guzmán Cruz, con la cual lleva una relación armoniosa e ininterrumpida por espacio de 10 años, en los cuales han procreado dos menores hijos, Julio Grimaldo y Grecia Rubí de 9 y 5 años respectivamente. Asimismo deja constancia que siempre ha cumplido con su responsabilidad de padre con todos sus hijos sin distinción tal es así que solventa a carta cabal los gastos que estos se irroguen, de la misma forma para sus menores hijos Julio y Grecia. Señala que durante la vigencia de su relación con la demandada adquirieron un bien inmueble el cual habitan sus 5 hijos mayores, posteriormente a su separación de hecho adquirió algunos bienes muebles los mismos que fueron otorgados a estos, por tanto respecto de estos bienes muebles como el inmueble mencionado señala renunciar a la titularidad de los mismos comprometiéndose a realizar los trámites de ley para efectivizar tal renuncia. Informa que ante el 1er juzgado de familia la demandada le siguió un proceso de alimentos signado con Exp: 98-0448-251801-JF01, hecho que demostrarían su separación con la demandada. Por tales hechos que habrían demostrado su separación de hecho de manera ininterrumpida con la demandada, la misma que supera el mínimo legal requerido de dos años para que se declare el divorcio por dicha causal. Finalmente señala que la demandada es una persona capaz y tiene un compromiso con quien convive hace muchos años, persona que le ayuda a solventar sus gastos, más aun considerando que cuenta con vigorosa edad y salud sin impedimento físico ni mental para acudir a su propia subsistencia por lo que solicita se le exonere el pago de la pensión alimenticia como lo peticiono como pretensión accesoria.

## **FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante Resolución N° 08 de fecha 13 de abril del 2009 el despacho del tercer juzgado de familia a cargo de la Dra. Graciela Kcomt Kcomt considera que:

El demandante no ha acreditado en autos el requisito especial del artículo 345-A del Código sustantivo (Código Civil), de allí que la demanda deviene en

improcedente, por tales consideraciones en conformidad con lo dispuesto por el artículo 333 Inc. 12 del Código Civil adicionado por la ley 27495 Artículo 335-A del mismo cuerpo legal y artículo 427 del Código Procesal Civil, falla DECLARAR IMPROCEDENTE la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho.

La juez de primera instancia al momento de realizar una tesis introductoria de la institución jurídica materia de litis, señala, entre otros, que para el caso en particular si bien el demandante no ha indicado donde se encontraría ubicado el hogar que fue el denominado “conyugal”, ello no reviste mayor importancia en tanto y en cuanto no nos encontramos ante un proceso en el que se pretenda invocar el divorcio por una causa inculpadora, es decir, que esta se dé porque uno de los cónyuges faltó a su obligación frente a otro. Sino por el contrario lo que se pretende probar es que para el caso, se han cumplido con los elementos material – objetivo y temporal que exige la norma cuando se trata de Divorcio por causal de Separación de hecho. Hecha la aclaración y resaltando la no importancia del análisis de la dirección del hogar conyugal, el juzgado resalta además que si bien el demandante ha indicado en su escrito de demanda que “renuncia” al que fuera su hogar conyugal y otros bienes, no ha aportado medio alguno que pruebe que en realidad los mismos existen. La forma de determinar si se ha concretado el elemento material consiste en que quede en evidencia que en realidad existe el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal generando con ello un “quebrantamiento permanente”. Para el presente caso queda plenamente establecido que el demandante abandonó el hogar conyugal, situación corroborada por la demandada cuando contesta la demanda y que tiene mayor certeza cuándo se puede acreditar a través de la demanda de alimentos que en efecto, ambos ya se encontraban separados. Se acredita además que los hijos concebidos con Maruja Noemí Guzmán son en años posteriores al que se señala como fecha de separación.

Dado que el demandante indica que la separación se da en el año 1997 y la demandante en el año 1998, la jueza considera que es necesario establecer una real línea de tiempo que permita inferir claramente en su momento si se ha

cumplido con lo establecido en el artículo 333 inc. 12 del Código Civil, esto es, que exista una separación de hecho superior a los 2 años. Para ello, dado que la demanda de alimentos impuesta por la demandada en contra del demandante data del 18 de mayo del año 1998, es esta fecha la que se asume como “fecha cierta” para establecer una línea de tiempo que ayudará a determinar el correcto computo de los plazos requeridos. Siendo ello, la magistrada ha señalado que si bien en su momento recogió lo dispuesto por un fallo casatorio de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en cuanto a que el plazo de la separación de hecho solo podría ser computado a partir de la entrada en vigencia de la Ley 27495, es también cierto que al haberse emitido otro fallo casatorio con conclusiones muy disímiles, apela a la “ratio legis” que le faculta la ley para que en pleno uso de su propio examen establezca el criterio a aplicar. Siendo ello, indica que dado que lo que se pretende es darle solución a situaciones de matrimonios fallidos que no han cumplido con la finalidad con la que fueron celebrados, lo que corresponde es aplicar la norma mencionada (27495) bajo la teoría de los “hechos cumplidos”, sin que ello signifique una aplicación “retroactiva” de la norma. Toda vez que para cuando se promulgó la ley (año 2001), ya se habrían cumplido los presupuestos (temporal) que requiere la figura de la separación de hecho. Sin embargo, a pesar de todo lo expuesto, en su considerando Décimo tercero, la juez comete a mi entender un garrafal error, toda vez que insiste reconociendo que la fecha de la SEPARACION DE HECHO debe entenderse el día 18 de mayo del 2008, sin embargo aceptando que la demanda se ingresó con fecha 22 de enero del 2008, indica que no se ha cumplido con el elemento temporal, toda vez que para esa fecha EL PLAZO DE 2 AÑOS NO SE HA CUMPLIDO.

### **RECURSO DE APELACION DE SENTENCIA**

Con fecha 04 de mayo de 2009, el Sr Juan Julio Paredes Domínguez, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 13 de abril del 2009, notificada el 17 de abril del 2009, que declara improcedente la demanda, contradiciendo en todos sus extremos, por considerar esta sentencia agravia sus derechos,

solicitando que se revoque y reformándola declare procedente o fundada la demanda.

## **ERROR DE HECHO Y DERECHO**

Los errores de hecho y derecho expuestos fueron los siguientes:

1.- Que el aquo ha incurrido en contradicción injure en su considerando décimo tercero al precisar que los plazos de separación ininterrumpida de los cónyuges no se ha cumplido, para solicitar la causal la separación de hecho y divorcio ulterior.

2.- Contradicción y error del aquo que se manifiesta al precisar a la vez que la separación de hecho de los cónyuges no se ha computado como fecha cierta a partir del 18 de mayo de 1998, tanto así la fecha de interposición de la demanda de separación de cuerpos y divorcio ulterior, fue con el 22 de enero del 2008, habiendo transcurrido más de 2 años, los exigidos por ley, para solicitar dicha pretensión, entonces se contradice el aquo al expresar que no se ha cumplido con los 2 años exigidos.

3.- Que en cuanto al considerando decimocuarto de la sentencia, el aquo incurre en error injure, ya que el demandante si ha cumplido cabalmente con las pensiones del 50%, conforme a la conciliación (demanda de alimentos), la misma que era cobrada puntualmente por la hoy demandada. Más no es cierto que mi persona haya estado demandando el pago de mis beneficios sociales a mi ex empleadora Produpesa.

4.- Siendo como se indica, la demandada ha estado cobrando puntualmente la retenciones del 50% de mis remuneraciones; por lo que al dejar de laborar en la empresa Produpesa, esta no tenía nada que retener. Siendo así, al conseguir otro trabajo en la empresa pesquera Pacífico del Sur S.A, esta fue en forma temporal por lo que opté por cumplir con la pensión de alimentos la misma que fue entregada el dinero de la pensión a la demandada.

5.- Que si bien desde el año 2002, el expediente de alimentos no se ha efectuado retención alguna, fue porque mi persona ya no laboraba para empresa alguna;

pero si cumplía cabalmente mis obligaciones como padre, razón por la cual la demandada en el proceso de alimentos no propuso liquidación de pensiones. Más aún mis hijos al tener la mayoría de edad, a la fecha sigo cumpliendo con apoyarlos económicamente en sus estudios.

6.- Por todo lo expuesto precedentemente, vuestro juzgado elevará los actuados al superior jerárquico y este con un mayor criterio la revocará y reformándola la declarara fundada la demanda en todos sus extremos.

## **FUNDAMENTOS DE SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La primera Sala Civil de la Corte Superior, integrada por los magistrados: Samuel Sánchez Melgarejo (Ponente), Bernabé Zúñiga Rodríguez y M. Sanchez Cruzado, habiendo el demandante planteado recurso de apelación, resuelven realizando un re análisis y corrigiendo el mal cálculo del elemento temporal (plazo de 2 años) realizado por la jueza, señala que el mismo si se ha cumplido, pero sin embargo a su vez establece que fehacientemente el demandante continua incumpliendo con sus obligaciones alimentarias a raíz de la demanda de alimentos del año 1998, por lo cual CONFIRMA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA DEMANDA DE DIVORCIO.

## **CONCLUSIONES:**

Una vez culminado el desarrollo del presente trabajo, hemos llegado a la siguiente conclusión:

Debemos mencionar que el demandante al presentar la demanda de alimentos que le interpuso en 1998 la accionada representaría un punto de quiebre para su pretensión, y es que la jueza al analizar la misma, ha podido determinar que si bien en un principio el demandante cumplía con su obligación alimentaria via retenciones al laborar en una empresa, dejó de hacerlo al dejar de laborar en la misma, subsistiendo así un incumplimiento a partir de dicha situación, lo cual transgrede lo dispuesto expresamente en el artículo N° 345-A del Código Civil , a cuyo tenor dice que “ Para invocar el supuesto del inc12 del artículo N° 333 DEMANDANTE DEBERÁ ACREDITAR QUE SE ENCUENTRA AL DÍA EN SUS PAGOS DE SUS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS U OTRAS QUE HAYAN SIDO PACTADAS POR LOS CONYUGES DE MUTUO ACUERDO”, es decir al quedar acreditada esta situación lo consiguiente es que se declare IMPROCEDENTE LA DEMANDA, lo cual finalmente ocurrió. Sin embargo, quiero insistir en el hecho que la juez hizo un erróneo análisis del elemento temporal, toda vez que para mí si se llegó a cumplir largamente con lo dispuesto por la norma, es decir, la separación de hecho supera los 2 años. En cuanto incumplimiento, pienso que fue una mala estrategia (para sus fines), que el demandante presente por sí mismo la demanda de alimento que le entabló la accionada, ya que con esto se puso en evidencia.

En cuanto a la sentencia emitida por la primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, es preciso indicar que la misma realiza un re análisis y corrigiendo el mal cálculo del elemento temporal (plazo de 2 años) realizado por la jueza, señala que el mismo si se ha cumplido, pero sin embargo a su vez establece que fehacientemente el demandante continua incumpliendo con sus obligaciones alimentarias a raíz de la demanda de alimentos del año 1998, por lo cual CONFIRMA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA DEMANDA DE DIVORCIO.

## **RECOMENDACIONES:**

Habiéndose analizado meticulosamente el expediente judicial, surge una recomendación que está básicamente dirigida a quienes somos operadores del derecho en la medida que hay acciones temerarias procesalmente que podrían acarrear sanciones, toda vez que existiendo conocimiento previo de la no procedencia de alguna pretensión, estamos ocultando información hacia nuestros clientes que esperan una actitud más proba y sincera hacia sus intereses. Esta acción se conoce como “temeridad procesal” y se conocen antecedentes de abogados que han sido seriamente sancionados por incurrir en estas acciones. Lo ideal es no llegar a situaciones como las planteadas.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:**

### **I. BIBLIOGRAFIA.-**

- AGUILAR GRADOS, G. (2005). El ABC del Derecho Civil (2da. edición ed.). EGACAL.
- AZPIRI, J. O. (2000). Derecho de familia. Buenos aires: HAMMURABI S.R.L. pág. 256
- BAQUERO ROJAS, E. y. (1994). Derecho De Familia y Sucesiones. México: Harla S.A.
- BASADRE, J. (s.f.). Historia del Derecho Peruano.
- BOSSERT, G. A., & A. ZANNONI, E. (s.f.). Manual de Derecho de Familia.
- BUSTAMANTE., F. (1995). Los Sistemas Procesales En El Nuevo Código Procesal Civil. LIMA, PERÚ: Revista Derecho Procesal Civil Doctrina, Facultad de Derecho UPSMP.
- CABANELLAS, G. (s.f.). Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual.
- CABELLO MATAMALA, C. J. (2003). Divorcio ¿remedio en el Perú? En: derecho de familia. LIMA: Librería y Ediciones Jurídicas.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (s.f.). El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro homenaje a José León Barandiarán. pág. 477
- GUTIERREZ CAMACHO, W., & REBAZA GONZALES, A. (2003). Definición de matrimonio e igualdad de los cónyuges. código civil comentado. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- MURO ROJO, M., & REBAZA GONZALES, A. (2003). "Concepto De Divorcio". en: código civil comentado. Lima: gaceta jurídica s.a.
- OSTERLING PARODI, F. (s.f.). Las Obligaciones en: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios (Vol. Tomo V.).
- PIZARRO RAMÓN, D. (2004). Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho. (Segunda edición ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. P. (s.f.). Manual de derecho de familia. Lima. pág. 151).
- QUISPE SALSAVILCA D, pág. 110, 119-122.
- Zannoni, E. A. (s.f.). Derecho Civil – Derecho de Familia (Vol. Tomo 2). págs. 117-118.)