




FACULTAD DE DERECHO

INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE CIVIL

N° 00805-2014-0-0401-J R-FC-04



PRESENTADO POR
CARMEN ROSA TULLUME FARRO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

CHICLAYO – PERÚ

2022



CC BY

Reconocimiento

El autor permite a otros distribuir y transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra, incluso con fines comerciales, siempre que sea reconocida la autoría de la creación original

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el
Título de Abogada**

Informe Jurídico sobre Expediente N° 00805-2014-0-0401 - J R-FC-04

Materia : **DIVORCIO POR CAUSAL**

Entidad : **CUARTO JUZGADO DE FAMILIA SEDE CENTRAL
– CERCADO – AREQUIPA.**

Bachiller : **CARMEN ROSA TULLUME FARRO**

Código : **2010503835**

**CHICLAYO – PERÚ
2022**

En el presente Informe jurídico se analiza un expediente de naturaleza civil cuya materia es divorcio por causal de separación de hecho; solicitando como pretensión principal la disolución del vínculo matrimonial y como pretensiones accesorias: El Cese de la obligación de pensión de alimentos y una Indemnización por los daños y perjuicios ascendente al monto de S/. 30,000.00 soles. A su turno la parte demandada contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente por cuanto no se ha probado que estén separados por más de dos años y además porque la cónyuge perjudicada es su persona. No obstante, interpone demanda de reconvención solicitando una indemnización por daños y perjuicios a su favor, sustentado su pedido en el artículo 445 del Código Procesal Civil.

En primera instancia el Juzgado de Familia Transitorio de la Corte Superior de Arequipa, declara INFUNDADA la demanda de divorcio por separación de hecho por más de cuatro años e IMPROCEDENTE la reconvención a la demanda solicitando que el demandante la indemnice con cincuenta mil nuevos soles por el daño moral y personal ocasionado.

En segunda instancia, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, revoca la sentencia en el extremo que declaró infundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, reformándola DECLARARON fundada la pretensión de divorcio por la causal de separación de hecho mayor a cuatro años; en tal sentido, DECLARARON disuelto el vínculo matrimonial, así como las demás cosas consecuencias accesorias.

La Corte Suprema de Justicia de la República de la Sala Civil Transitoria de fecha veintisiete de junio del dos mil veintisiete, Declaro IMPROCEDENTE el recurso de casación, contra la sentencia de vista de fojas doscientos veintitrés, de fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

INDICE

| | | |
|------|--|----|
| I. | RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO..... | 4 |
| | a. HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS EN LA DEMANDA..... | 4 |
| | b. HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA..... | 7 |
| | c. HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS EN EL ESCRITO DE APELACIÓN DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR PARTE DEL DEMANDANTE..... | 09 |
| | d. HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS EN EL RECURSO DE CASACIÓN..... | 10 |
| II. | IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE..... | 14 |
| | a. DIVORCIO-ASPECTOS GENERALES..... | 14 |
| | b. DOCTRINA GENERAL DIVORCIO REMEDIO-SANCION..... | 15 |
| | c. DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO..... | 17 |
| | d. SOCIEDAD DE GANANCIALES..... | 20 |
| | e. ALIMENTOS ENTRE CONYUGES..... | 21 |
| | f. ALIMENTOS ENTRE CONYUGES..... | 22 |
| | g. DAÑO PERSONAL POR QUIEBRE MATRIMONIAL..... | 23 |
| III. | POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS..... | 27 |
| IV. | CONCLUSIONES..... | 30 |
| V. | BIBLIOGRAFÍA..... | 31 |
| VI. | ANEXOS..... | 32 |

I. **RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO.**

HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS EN LA DEMANDA:

Con fecha 24 de abril de 2014, el Sr. B. V. E. interpone demanda de divorcio por causal de separación de hecho contra su cónyuge G. A. H.; solicitando:

- **Pretensión Principal:**
 - a. La disolución del vínculo matrimonial contenido en la partida de matrimonio N° 00196505 con la señora G. A. H., por estar separado desde el 12 de febrero del año 2009, a efecto de que se ponga fin a los derechos, deberes y obligaciones que nacen del matrimonio, comprendido en la norma sustantiva como divorcio por causal de, SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES durante un periodo ininterrumpido de CUATRO AÑOS, conforme lo establece el me. 12 del Art. 333 del Código Civil.
- **Pretensión Accesoría, en forma acumulativa, objetiva y accesoria:**
 - b. Cese de la obligación de pensión de alimentos para la demandada del 30%, que viene percibiendo, en los ordenados por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Yanahuara, comprendido en expediente 2007-00178-0-040126-JZ-F A-01 .(descuento de 60% de mi pensión de jubilado).
 - c. Debiendo reducirse el 30 % de pensión de alimentos que corresponde al menor G.C. B. A, conforme se tiene ordenado en el expediente N° 2007-00178-0-040126-JZ-FA.-01. (Sobre la pensión da alimentos deberá pronunciarse el - Juzgado en la sentencia).
 - d. Respecto la Tenencia, el menor se encuentra bajo la custodia y cuidado da la demandada, y deberá seguir al lado de su madre (deberá pronunciarse el Juzgado).
 - c) Respecto a la Patria Potestad, tienen ambos padres (Deberá pronunciarse el juzgado).

- d) Respecto a la Visita, que corresponde al padre, en este caso el recurrente solicito se me autorice visitar al menor G. C. B. A. los días domingos desde las 8.00 hasta 17.00 horas (Deberá pronunciarse el Juzgado).
- e) Respecto a Separación de Bienes, no existe bienes comunes (por tanto, no es necesario pronunciamiento a este respecto)
- f) Respecto a Indemnización al cónyuge afectado, la demandada deberá resarcir con la suma de S/30,000.00 nuevos soles a favor del recurrente.

Como fundamentos de hechos se tienen entre ellos:

- Que el día 12 de diciembre de 1998, contrajo matrimonio civil con la demandante ante la Municipalidad Distrital de Cayma, habiendo procreado un hijo de nombre G. C. B. A. de 16 años y 6 meses de edad.
- Que desde el día 10 de Febrero del año 2000, la demandada se retiro del hogar de manera voluntaria llevando sus pertenencias de sus 3 hijos de su anterior compromiso y del menor G. C. B. A.; asimismo, indica que el domicilio conyugal era en el Programa Habitacional xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y que desde aquella fecha NO comparte el lecho, ni habitación con la demandada, que no existe vida en común, imponiéndose una situación ajena a lo dispuesto por el Art. 289 de! C.C que precisa, "Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. Los hechos que invoco son contrarias a las relaciones que crea el matrimonio".
- Que desde el 10 de febrero del 2000 hasta la fecha me encuentro separado en forma ininterrumpida con la demandada, es decir que por más de 5 años, al haber vendido la demandada el inmueble de mi propiedad que la adquirí cuando era soltero, dicha venta lo ha efectuado la demandada, previamente ha fraccionado la Escritura Pública N° 737 de Resolución de compra venta, de contrato de venta que celebré con el señor D. M. H. S y luego de resolución de venta, lo vende la demandada mi casa a los esposos G. E. J. B. y M. L. C. C. apropiándose unilateralmente los \$. 9,000.00 dólares americanos, hecho que acredito con la copia certificada de Escritura Pública N° 934 de compra venta otorgado por el Notario Público J. L. C, R.

- Luego de la venta del inmueble de mi propiedad la demandada se fue a vivir en nuevo domicilio xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, inmueble de propiedad de mi señor padre don C. B. L, tal como se acredita en caso de la demandada con Certificado de Inscripción RENIEC. Y en caso del recurrente con recibo de L a nombre de mi señor padre

PRETENSIÓN ACCESORIA:

- Sobre **CESE DE LA OBLIGACIÓN DE PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA LA DEMANDADA DEBE REDUCIRSE EL 30%** que correspondía a la demandada, es decir. El primer párrafo del Art. 350 del C.C. establece por "Por divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer" entando en los ordenados por el Primer Juzgado de Paz Letrado de Yanahuara, comprendido en expediente 2007-00178-0-040126-JZ-FA-01.(descuento de 60% de mi pensión de jubilado).
- Que con respecto a los ingresos de jubilado ha disminuido sustancialmente debido a que tengo que pagar una serie de gastos personales, tales como alquiler de cuarto a mi señor padre don Concepción B. por S/200.00 mensual dando cumplimiento a la ACTA DE CONCILIACIÓN N° 183-2013, más los servicios de luz, agua, mis alimentos, atención de mi salud, ropa Etc. Además, estando en la obligación de cuidar a mi anciano padre C. B. López de más de 83 años de edad, quien es viudo y sufre una serie de enfermedades crónicas por su avanzada edad, por lo que, está en peligro mi subsistencia por el poco dinero que recibo resultando injusto la demandada perciba el 30%, ante tanto daño que me ha causado vendiendo mi casa adquirido en mi soltería v todos mis bienes muebles incluido herramientas dejándome con las manos cruzadas. (Sobre la pretensión de reducción el Juzgado deberá pronunciarse.
- Que el otro 30 % de pensión de alimentos corresponde al joven G. C. B. A, aunque este debía trabajar ya cuenta con alrededor de 17 años de edad, pero recibirá la pensión conforme se tiene ordenado en el expediente 2007-00178-0-040126-JZ-FA.-01. (Sobre la pensión de alimentos deberá pronunciarse el Juzgado en la sentencia).

- Con respecto a la tenencia y custodia del menor G. C. B. A de 16 años y 6 meses de edad, quien se quedará bajo la tenencia y custodia de la demandada, conforme establece el Art. 81 del Código de Niños y Adolescentes, es más el indicado menor seguramente por consejos de la demandada nunca me dio la oportunidad de visitar ni menos me ha expresado un saludo ni siquiera en mi cumpleaños, sería inútil exigir tenencia a favor del recurrente. y respecto a LA PATRIA POTESTAD, tienen ambos padres conforme establece el 76 del Código de niños y adolescentes.
- Con Respecto a LAS VISITAS, que corresponde al padre, en este caso el recurrente conforme establece el Art. 88 del Código de Niños y Adolescentes es que solicito se me autorice visitar al menor G. C. B. A. los días domingos desde las 8.00 hasta 17.00 horas, debiéndose tenerse presente jamás me han permitido visitarse ni menos me ha visitado en mi domicilio ni a su abuelo paterno seguramente por consejos mal intencionados de la demandada, aunque este joven ya va contar con 17 años de edad tiene razonamiento suficiente y quien pago sus alimentos es mi persona, por mutuo propio puede decidir visitarme si realmente soy su padre (Deberá pronunciarse el Juzgado).
- Por otro lado, con respecto a la SEPARACIÓN DE BIENES, no existe bienes comunes que repartirse, como reitero la demandada ha vendido el inmueble que he adquirido en mi soltería, así como ha vendido mis herramientas, con dicho dinero se fue a disfrutar al balneario de M., causándome un daño irreparable dejándome sin casa, y sin trabajo (por tanto, deberá declarar su Despacho por fenecida la sociedad de gananciales).
- En tal sentido, solicita una INDEMNIZACIÓN conforme lo establece el artículo 345-A del Código Civil, ascendente a la suma S/30,000.00 por las consideraciones que exponer en su demanda.

HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Con fecha 10 de Julio de 2014 la demandada contesta la demanda conforme a los siguientes fundamentos:

- Que, conforme se desprende de autos el demandante no ha acreditado con documentación idónea o de fecha cierta que nos encontremos separados por más de 2 años, conforme lo dispuesto en el art. 188 del Código Procesal Civil los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, puesto que la denuncia *presentada por éste*, por un supuesto abandono de hogar realizado por la recurrente en el año 2009, ante la Comisaria PNP D. V., constituye únicamente una declaración realizada de parte, sin que exista otro documento con el cual se corrobore lo declarado por el demandante, puesto que la denuncia policial por sí sola no es suficiente para acreditar el retiro del hogar conyugal por más de 2 años ya que por sí sola revela una mera declaración de parte ya que la misma carece de etapa Investigatoria posterior a la denuncia presentada para acreditar su configuración. Criterio jurisdiccional que ha sido expuesto en múltiples sentencias como es el caso de la sentencia de fecha 18 de junio de 1997 expedida por la Sala de Familia en la *cual establece lo siguiente: "Que no habiendo sido acreditado fehacientemente la causal de abandono justificado de la casa conyugal por más de dos años, pues para que se configure deben reunirse los requisitos siguientes: el hecho material del abandono, el tiempo de duración establecido por la Ley y que tal hecho sea injustificado; porque no basta indicar la ausencia y sustentarla sólo con una denuncia policial que recoge únicamente el dicho de la parte interesada, y, al no contener ninguna investigación resulta insuficiente; además, tampoco escoltan estos autos con otros medios probatorios que corroboren el aserto de accionante; que en consecuencia: confirmaron la sentencia apelada de fojas ciento catorce, si fecha 14 de febrero del presente año, que declara infundada la demanda: con lo demás que contiene y es materia del grado; y, los devolvieron "*.
- Indica que para que el abandono del hogar conyugal constituya causal de divorcio, con arreglo al inciso quinto del artículo 333 del Código Civil, no debe estar justificado por ningún motivo o necesidad, requiere además que el

alejamiento esté inspirado en la intención manifiesta de sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales; siendo que las circunstancias alegadas por el demandante que supuestamente dejó el hogar conyugal a la que se refiere la certificación policial, no han sido debidamente probadas ni acreditan que dicho abandono ha sido injustificado.

- Con respecto a los alimentos; en la causal de separación de hecho si bien no se habla de cónyuge inocente, se trata de identificar al cónyuge perjudicado a quien se le protegerá entre otros con una pensión de alimentos, al respecto su fijación debe considerar que la recurrente cuenta a la fecha con años de edad por lo que no puedo conseguir un trabajo que me permita solventar los gastos que ocasiona mi enfermedad, además debe tenerse presente que la recurrente perderá la atención médica por Es-salud lo que me ocasionara un mayor gasto en caso de sufrir un deterioro en mi salud. De las pruebas aportadas se puede *advertir de autos* no existe prueba documental que pueda servir de sustento al Juzgador de la causa, para crear convicción respecto de *la* causal de divorcio amparada, para efectos de establecer si con ella se *acredita o no la* pretensión demandada, pues con las pruebas aportadas no se puede conllevar a que se dicte una decisión sustentada en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso, de conformidad con el artículo 197 del Código Procesal civil. Asimismo, Invocando el interés y legitimidad para obrar interpone **RECONVENCIÓN**, ha efecto de que el demandante indemnice por el daño moral y personal ocasionado y cumpla con el pago de **S/. 50 000 (CINCUENTA MIL NUEVOS SOLES)** por concepto de daños y perjuicios.

HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS EN EL ESCRITO DE APELACIÓN DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR PARTE DEL DEMANDANTE:

Con fecha 01 de junio de 2016, el demandante interpone su recurso de apelación contra la sentencia N° 196-2016 de fecha 04 de abril de 2016 que declaro infundada la demanda de divorcio por separación de hecho por más de 04 años; en tal sentido, solicita se revoque o integre la resolución apelada en

cumplimiento de lo establecido por el artículo N° 364 y 365 inciso 1 del Código Procesal Civil.

1) Indico que, como pretensión impugnatoria, que en la sentencia no se ha valorado en conjunto los medios de prueba, no habiéndose tomado en cuenta las pruebas documentales, contenidas en la demanda y subsanación que equivale a la declaración jurada. 2) El aquo ha tomado en cuenta los dichos de la demandada, quien no ha ofrecido ningún medio probatorio para contradecir mi pretensión contenida en la demanda, hecho totalmente arbitrarios y afectando la precaria económica del demandante y yendo en contra de los derechos constitucionales y civiles, no habiéndose valorado las pruebas en conjunto como establece el artículo 197 del Código Procesal Penal.

3) Que tampoco se ha analizado con lógica jurídica, los hechos y los medios probatorios y menos se ha recurrido a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por esas razones se ha recurrido al poder judicial, solicitando la tutela jurisdiccional porque resulta atentatorio a los derecho sustantivos y adjetivos que siga beneficiándose económicamente de las humildes pensiones del demandante.

4) Que la presente sentencia se ha basado en los supuesto subjetivos sobre los dichos de la demandada quien no ha presentado ningún medio probatorio ni menos personal para contradecir la demanda, incumpléndose con hacer efectiva la igualdad de las partes conforme con el artículo 50 inciso 2 del Código Procesal Penal.

5) Con respecto a la naturaleza del agravio, debe tenerse en cuenta la condición de jubilado, que no es posible atender las necesidades personales más aun atendiendo los 85 años de edad, que no existe vida conyugal y que no posible seguir pasando el 60 porciento mensuales por concepto de alimentos por los hechos antes expuestos.

HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS EN EL RECURSO DE CASACIÓN:

El presente recurso de casación fue interpuesto por G. A. H. a fojas doscientos treinta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas doscientos veintitrés, de fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocó la sentencia apelada de fojas ciento sesenta y cinco, de fecha cuatro de abril de dos mil dieciséis, en el extremo que declaró infundada la demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho; y reformándola, la declaró fundada.

En tal sentido, se desprende del texto del recurso que éste se sustenta en lo siguiente: Infracción normativa del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Así las cosas se tiene: Que la demanda de alimentos fue interpuesta en el año dos mil siete, y la denuncia policial se realizó en febrero de dos mil nueve, la cual es una simple declaración de parte formulada por el demandante en la Comisaría por el presunto abandono, pero en la Escritura Pública de Compraventa de fecha treinta y una de marzo de dos mil nueve, ambas partes señalaron su dirección domiciliaria en el lugar donde residían, o en su caso en el que señalaron su hogar conyugal, por lo que al retomar la relación conyugal y existiendo perdón u olvido no se puede alegar nuevamente lo perdonado; más aún, si se llegó a un acuerdo conciliatorio el veintiséis de febrero de dos mil catorce respecto a tenencia y custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos de su hijo, por lo tanto, no se ha dado cumplimiento al Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales, contraviniéndose lo previsto por el artículo 139 de la Constitución Política del Perú al no haberse podido acreditar fehacientemente la interrupción del matrimonio.

Que, al respecto, las alegaciones que plantea la parte recurrente básicamente se orientan a cuestionar la motivación de la sentencia de vista materia de casación, al afirmar que no se ha podido acreditar la interrupción del matrimonio, lo cual a su consideración constituye incumplimiento del deber de motivación. En tal sentido, se aprecia que la Sala Superior establece que revocó la sentencia apelada que declaró

infundada la demanda, al establecer que se encuentra acreditado el abandono del hogar conyugal por parte de la demandada a la fecha de interposición de la demanda el veintisiete de febrero de dos mil doce, habiendo transcurrido los cuatro años que prescribe la ley para que opere el divorcio. Se evidencia además que dicha conclusión surgió del análisis de la denuncia policial de fecha doce de febrero de dos mil nueve, a partir de la cual dicha instancia se persuadió que se encuentra acreditada la pretensión de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho. De ello se desprende que la impugnante (*cuando afirma que se retomó la relación conyugal al consignarse un domicilio común en la Escritura Pública de Compraventa del treinta y uno de marzo de dos mil nueve*), lo que manifiesta es la intención de que se modifique la conclusión arribada por la Sala Superior, sin tener en cuenta que la situación fáctica establecida en sede de instancia no puede variarse, al implicar la revaloración del caudal probatorio ofrecido, admitido y actuado en el transcurso de la causa, aspecto que resulta ajeno al debate en Sede Extraordinaria, atendiendo a las finalidades del recurso interpuesto, previstas en el artículo 384 del Código Procesal Civil, circunscritas a la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República.

De otro lado, la instancia superior respecto a lo que se consigna en la Escritura Pública de Compraventa señala que ésta de modo alguno acredita que las partes en ese momento se encontraban viviendo juntas o que habían retomado su relación matrimonial. En el contexto de lo indicado, es claro que la parte recurrente pretende cuestionar el criterio al que arriba esa instancia a partir del establecimiento de hechos específicos, así como la revaloración de dicho medio probatorio, lo cual tampoco resulta factible en Sede Extraordinaria.

En suma, de lo expuesto se desprende que si bien la recurrente describe la presunta infracción normativa, no demuestra la incidencia directa de las mismas en la resolución impugnada, pues la sentencia de vista ha sido

emitida con la correspondiente fundamentación de hecho y de derecho, acorde al Principio de Motivación consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la constitución Política del Perú, concordante con los artículos 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 50 inciso 6 y 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil. Finalmente, si bien la recurrente cumple con el requisito previsto por el artículo 388 inciso 4 del Código Procesal Civil, al indicar que su pedido casatorio es revocatorio, ello no es suficiente para la procedencia del recurso interpuesto, pues los requisitos de fondo a los que el mismo se sujeta. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo previsto por el artículo 392 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por G. A. H. a fojas doscientos treinta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas doscientos veintitrés, de fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.

1.DIVORCIO-ASPECTOS GENERALES

Estrada Cruz afirma que “divorcio es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial, fundada en cualquiera de las causales previstas taxativamente por el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe ser declarado expresamente por el órgano jurisdiccional competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges.”¹

“Cuando dicha convivencia marital se ve afectada, puede derivar no solo en el distanciamiento inexorable de los cónyuges, son también en situaciones extremas de conflicto intrafamiliar (tales como : actos de Violencia Familiar en la Modalidad de Maltrato Psicológico y/o Físico y/o Económico) que no hace más que evidenciar la necesidad de poner en termino al vinculo matrimonial, claro está y en la medida de lo posible, de forma conciliada y sobre la base del consenso: esto es, el divorcio, de mutuo acuerdo.

Es así como que la decisión de divorciarse entraña no solo la difícil tarea de asumir un fracaso a nivel personal, sino que implica una más ardua labor, al de trata de disolver el vinculo matrimonial en los mejores términos posibles, sobre la base de acuerdos conciliados y armónicos, como uno de los -tantos- “mecanismos de protección familiar” que se deberían seguir en estos casos. E en efectos, habiendo asumido la difícil decisión de divorciarse, lo que toca decidir es como se quiere divorciar, de forma conciliada o de forma confrontacional, esto es si se quiere evitar que el divorcio afecte

¹ TARAMONA, José. Manual del Juicio de Divorcio. Lima: Editores del Centro, 1983.Op. Cit.p.49

mas a los involucrados (los cónyuges), sino principalmente (y más grave aún) a los demás integrantes de una familia (los hijos) ya afectados con el fracaso marital.”²

Es si como la doctrina se desarrolla abarcando la tesis anti-divorcista y divorcista colocando. “Con la reforma efectuada por Ley N° 27495 de 07.07.01 (...), que el sistema peruano contemple, por un lado, causales subjetivas o inculpatorias propias del sistema divorcio-sanción y, por otro, causales objetivas o no inculpatorias como la separación de hecho y la separación convencional pertenecientes a la doctrina del divorcio remedio, que sin duda se ajustan a nuestra realidad, por consiguiente, podemos afirmar que se ha adoptado el sistema intermedio”.

Su importancia al caso en concreto radica, en poder fundamentar la desavenencia del vinculo matrimonial, ya que el divorcio es la aquella institución jurídica regulada en el Código Civil, que permite conocer a las partes las normas y reglas que deberán seguir para poner fin al matrimonio.

2. DOCTRINA GENERAL DIVORCIO REMEDIO-SANCION

“Dentro de los sistemas legales sobre el divorcio, el sistema tradicional de causas subjetivas que implican la culpabilidad de uno de los cónyuges, o incluso de ambos, contempla la existencia de causas legales basadas en tal culpabilidad y la imposibilidad de fundamentar la demanda en el hecho propio. El divorcio comporta una sanción para el culpable de la configuración de la causa legal, sanción que repercute en los efectos personales y patrimoniales del divorcio, que son diferentes para el inocente y para el culpable. Este es el sistema del divorcio-sanción o sistema subjetivo.”³

“(…) subjetivo, o de la culpabilidad de un cónyuge; y objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial, constatada a través del mutuo acuerdo de los propios cónyuges o del cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo. Estos dos sistemas tan

² Baldovino, A. M. (2017). La separacion convencional y divorcio ulterior en nuestra legislacion . Mecanismo de proteccion familiar ante el inexorable quebrantamiento del vinculo matrimonial. En M. A. Carrasco, *Manual Practico para abogados de divorcio* (pág. 55). Lima: Gaceta Juridica.

³ Rospigliosi, E. V. (2004). *Divorcio, Filiacion y Patria Potestad*. Lima: Editora Juridica Grijley.

opuestos, cuya filosofía es contradictoria en un plano ontológico, son también combinables y pueden formar a la vez una determinada ley, dando lugar a sistemas mixtos.”⁴

“El divorcio es considerado como remedio, en el sentido de que es una salida al conflicto conyugal en el que los (cónyuges) no pueden, o no quieren asumir el proyecto esencial de efectuar la vida en común de naturaleza ética que la unión matrimonial propone”⁵

Para Varsi Rospigliosi, “cuando la convivencia se torna intolerable, sin culpa de las partes, este divorcio busca una salida de crisis.

Así mismo se presenta en doctrina el divorcio por mutuo acuerdo, en el que de forma conjunta se facilita a la pareja disolver el matrimonio. A ambas teorías tanto al divorcio remedio como divorcio de mutuo acuerdo, se les ubica dentro de la teoría denominada *divortium bona gratia*

(...)

En nuestro medio existe una doble categorización, el divorcio remedio y la sanción”.⁶

“De este modo, han consignado que el divorcio “sanción” constituye aquella condición que se le impone a quien incumplió sus deberes conyugales o ha provocado un grave daño al cónyuge.

En forma complementaria, al ser impuesto de una sanción, el cónyuge será limitado no solo de sus derechos respecto a las condiciones en las cuales se desarrolle el divorcio, sino que además el cónyuge “víctima “tendrá el beneficio de requerir una indemnización por la destrucción de un proyecto de vida compartido. Por otro lado, el divorcio “remedio” es formulado sin la necesidad de acreditar alguna condición grave

⁴ Vilcachau, A. F. (2017). En M. A. Carrasco, *Manual práctico para abogados de divorcio* (pág. 104). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

⁵ Llanos, B. A. (2008). *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ediciones Legales.

⁶ Rospigliosi, E. V. (2011). *Tratado de Derecho de Familias*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

o perjudicial, permitiéndose a las partes proceder a una disolución del vínculo conyugal de manera más pacífica”.⁷

“Este sistema, como ya se ha indicado precedentemente quedo incorporado a nuestro sistema normativo a través de la ley N° 27495 en el año 2001, permitiéndose la disolución del vínculo matrimonial, buscando probar que la relación matrimonial a nivel factico ya no es tal, vale decir que los cónyuges incumplen con los deberes propios del matrimonio y por lo tanto no se encuentran realizando vida matrimonial”.⁸

La presente doctrina es importante, porque nos permite conocer acerca de las dos instituciones por las que se rige el divorcio en nuestro país, esto es como sanción o remedio. Para el caso en concreto podemos afirmar que nos encontramos antes un divorcio remedio, pero este solo forma parte del sistema mixto regulado en el Código Civil.

3. DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO

Para Max Arias, “se trata de una causal genérica o indeterminada, porque la separación convencional siempre encierra motivos que los cónyuges no requieren especificar”⁹

Según Alex Placido, “es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes, sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno de los esposos”.¹⁰

⁷ Tapia, M. B. (2009). *Divorcio y separacion de cuerpos*. Lima: Grijley E.I.R.L.

⁸ Chiu, K. A. (2017). La Causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en comun conforme a la Ley N° 27495. En M. A. Carrasco, *Manual practico para abogados de divorcio* (págs. 89-99). Lima: GACETA JURIDICA S.A.

⁹ Pezet, M. A. (1997). *EXEGESIS DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984- Tomo VII, Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Juridica Editores S.R.L.

¹⁰ Rospigliosi, E. V. (2011). *Tratado de Derecho de Familias*. Lima: Gaceta Juridica S.A.

“La causal se funda en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio, como es hacer vida en común en el domicilio conyugal, pues se trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio.

(...)

Esta causal se presenta como una formula necesaria para incorporar en nuestra sistemática la teoría del divorcio remedio, impuesta por la propia realidad socioeconómica y política que vive nuestro país”.¹¹

“Así mismo, los elementos se configuran en los siguientes: a) Objetivo material, consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia, sin solución de continuidad, lo que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal, sin que exista impedimento para que se configure la separación de hecho viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble incumpliendo la cohabitación, b) Subjetivo o psíquico, viene a ser la falta de voluntad para renormalizar la vida conyugal, esto es, la ausencia de intención cierta de uno o ambos cónyuges para continuar cohabitando, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla, ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor, esto es, sin que una necesidad jurídica lo imponga, c) Temporal, ya que resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal, por eso se exige el transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, de cuatro, si los tuviesen. La permanencia en el tiempo de una separación de hecho es la demostración de una definitiva ruptura de la vida en común y un fracaso del matrimonio que queda evidenciado de esta manera. Entones, la fijación de un

¹¹ Placido, Alex F. ¿Divorciado de Hecho? Publicado en Legal Express. Publicación mensual Gaceta Jurídica. Año 1/Nº3 Lima: Marzo, 2001. p.8.

plazo legal tiene por objeto descartar la transitoriedad y otorgar un carácter definitivo a la separación de hecho.”¹²

Por otro lado, Borda manifiesta que “la separación de hecho tiene importantes efectos jurídicos: a) Cesa la vocación hereditaria de los cónyuges, siempre que el supérstite haya sido culpable de la separación; b) los cónyuges separados de hecho pueden constituir un domicilio por separado; c) la separación de hecho no influye, en principio, sobre la obligación alimentaria; pero el cónyuge alimentante tiene el derecho a exigir el reintegro del alimentado al hogar y a negarle alimentos si se negara sin justa causa; d) Los separados de hecho no pueden iniciar juicio de insania al otro cónyuge; e) La separación de hecho hace innecesario el consentimiento del otro cónyuge para adoptar a un menor; f) la separación de hecho de más de dos años da lugar a la acción de separación personal, que puede intentarla cualquiera de los cónyuges, sea o no culpable”.¹³

De esta forma “La separación de hecho supone la violación del deber de cohabitación, por eso se requiere probar la constitución del domicilio conyugal. Evidentemente la carga probatoria corresponde al demandante quien podrá acudir a cualquier medio de prueba admitido en la legislación procesal que permita crear convicción sobre la constitución del domicilio conyugal, advirtiendo que ni es necesario que el alejamiento sea voluntariado o provocado.”¹⁴

Por último, debe dejarse establecido que “esta causal no caduca por el transcurso del tiempo; consiguientemente, la demanda por esta causal puede interponerse en cualquier tiempo, debiendo tomar en cuenta las siguientes consideraciones: a) La no existencia de cohabitación. B) La separación de hecho unilateral. C) El tiempo de permanencia del estado de separados de facto y d) La existencia o no de hijos para

¹² Placido, Alex F. ¿Divorciado de Hecho? Publicado en Legal Express. Publicación mensual Gaceta Jurídica. Año 1/N°3 Lima: Marzo, 2001. p.8.

¹³ BORDA, G. A. (1988). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial PERROT.

¹⁴ Torres, C. C. (2010). "La separación de hecho. El remedio de la disolución del vínculo conyugal". *Diálogo con la Jurisprudencia N° 143, Gaceta Jurídica*, 173.

tomar en cuenta el tiempo. Para invocar el supuesto de la causal de la separación de hecho, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”.¹⁵

Estos extractos se vinculan por la importancia de conocer más sobre la causal interpuesta y que da origen al proceso civil. Así mismo es doctrina se desarrollan los elementos objetivo y subjetivos que deberá acreditar la parte que interpone la demanda, los cuales se encuentran descritos en este acápite.

4. SOCIEDAD DE GANANCIALES

Sobre la Teoría del patrimonio de afectación o de destino. Según Alex Placido la doctrina actual reconoce que existe la posibilidad de que, al lado del patrimonio general de la persona, existen patrimonios especiales o de afectación, conjunto de bienes afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial: Serían principalmente: el patrimonio de la herencia con beneficio de inventario, el del ausente presuntamente fallecido y la masa de bienes del deudor desapoderado de sus bienes por efecto del concurso. El patrimonio de afectación es una universalidad jurídica, es decir, que se caracteriza por la fungibilidad de los bienes singulares que lo integran y, por la preferencia de las deudas que forman el pasivo con relación a las obligaciones extrañas. Por último, otros autores consideran la comunidad conyugal como un patrimonio de destino adscrito a un fin, que es el levantamiento de las cargas del matrimonio (...).

De este modo, una eventual reforma normativa del Código Civil deberá adoptar la teoría del patrimonio de destino, bajo la denominación de comunidad de gananciales”.¹⁶

¹⁵ Tapia, M. B. (2009). *Divorcio y separación de cuerpos*. Lima: Grijley E.I.R.L.

¹⁶ Placido, Alex F. ¿Divorciado de Hecho? Publicado en Legal Express. Publicación mensual Gaceta Jurídica. Año 1/Nº3 Lima: Marzo, 2001. p.8.

El régimen de sociedad de gananciales se encuentra conformado por los siguientes elementos:

Activo Patrimonial. -

“A. Bienes propios. - Denominado también bienes privativos de cada cónyuge. Según Bossert y Zannoni, los bienes propios son los que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio y los que adquiere durante este a título gratuito, por subrogación real con otro bien propio, o por una causa o título anterior al matrimonio.

Luego, los bienes son todos aquellos que cada cónyuge lleva al matrimonio o que adquiere después por herencia, legado o donación. Estos bienes, por disposición legal pueden ser del marido y también de la mujer.

Para la calificación de bienes debe tenerse presente los principios rectores siguientes:
a) La época de la adquisición (anterior o posterior a la celebración del matrimonio). B) El carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones durante el matrimonio (son bienes propios las adquisiciones gratuitas realizada (fondos propios o comunes).”¹⁷

Se vincula al caso en concreto, porque nos permite establecer una diferencia entre el régimen de sociedad de gananciales y el régimen por separación de patrimonios, sin dejar de mencionar, que este último entra a tallar una vez que las partes sustituyeran el régimen convencional procediendo a la liquidación de bienes sociales.

5. ALIMENTOS ENTRE CONYUGES

Para Borda, “el deber alimentario de los cónyuges deriva de otros que es esencial al matrimonio: el de asistencia. De ahí su reciprocidad (...)

Decretada la separación personal o el divorcio vincular, el derecho a los alimentos pasa a ser influido por el elemento culpabilidad (...)

Cuando el cónyuge es inocente, aquel que hubiera dado lugar a la separación personal de los casos, debe contribuir a que el otro, sino dio también causa a la

¹⁷ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, EDUARDO A. Manual de Derecho de Familia. BS. As: Editorial Astrea, 1999 p. 190

separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante la convivencia. Debiéndose tener en cuenta: 1) La edad y estado de salud de los cónyuges; 2) la dedicación al cuidado de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos, 3) la capacidad laboral y la probabilidad de acceso a un empleo del alimentado; 4) la eventual pérdida de un derecho a pensión; 5) el patrimonio y las necesidades de cada uno de ellos cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal”.¹⁸

La importancia de estos extractos radica, en que la demandada solicita que se le pague una pensión de alimentos por encontrarse en estado de necesidad, debido al tiempo completo que ocupa al cuidado de su menor hijo y su edad avanzada, entonces mediante la doctrina podemos determinar si es que procede o no en su favor lo peticionado.

6. DAÑO PERSONAL POR QUIEBRE MATRIMONIAL

La ley 27495, en su art. 4, incorpora el art. 345-A al Código Civil, en el supuesto caso de que uno de los cónyuges resulte perjudicado por la separación de hecho que luego va a ser invocada como causal de separación de cuerpos o de divorcio. Al respecto esta ley establece tres medidas destinadas a cautelar al cónyuge inocente, lo cual es discutible, porque cuando se invoca esta causal, ya estamos, a mi concepto, en el divorcio remedio atenuado. La primera, es que para invocar el inc.12 del art. 333, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras(a favor del otro cónyuge, porque aquí no se refiere a los hijos) que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo; es decir, que el demandante debe acreditar que ha cumplido con asistir económicamente en la subsistencia de la demandada cumpliendo con su obligación judicialmente declarada o por acuerdo extrajudicial. La segunda, es que el juez velando por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo “el daño personal”.

¹⁸ BORDA, G. A. (1988). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial PERROT.

Consideramos que la expresión “el daño personal”, se debe referir al concepto de “daño a la persona” que prescribe el art. 1985 del Código Civil. Demos una breve explicación al respecto.

Hay 3 clases de daños: a) Daño material, b) Daño moral y c) Daño a la persona. a) Daño material: Es el perjuicio económico o patrimonial, fácilmente cuantificable, por ejemplo, mientras dicto una charla chocan mi automóvil. b) Daño moral: Es el perjuicio psicológico o extrapatrimonial que me causa dolor, desasosiego, tristeza y lágrimas. Por ejemplo, matan a mi madre mientras cruzaba una avenida. Este daño es difícil de cuantificar o reparar; sin embargo, es posible una indemnización pecuniaria. c) Daño a la persona: introducido por el Maestro Dr. Carlos Fernández Sessarego, en el Proyecto del Código Civil de 1984, en el art.17, que lamentablemente fue suprimido por la Comisión Revisora, pero que aparece en el art. 1985 del mismo cuerpos de leyes, es la frustración de un proyecto de vida libremente escogido; por ejemplo que a aquel que tiene la vocación de ser futbolista y nada más que futbolista porque ese es su proyecto de vida, se le amputa una pierna. Sin una pierna podrá ser un buen abogado, pero no desea ser abogado, o podrá ser un gran médico, pero no quiere ser médico, lo que ha deseado, desea y deseará es ser futbolista y nada más que futbolista y al cortársele una pierna le han frustrado su proyecto de vida. Parecería ser que cuando la norma dice “incluyendo el daño personal”, se estaría refiriendo a ese daño a la persona, es decir que el cónyuge perjudicado se ha visto frustrado en su proyecto de vida, es decir, de convivir con ese cónyuge y solamente en él y no con otro. La tercera medida es que el juez ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Algunos consideran que estas medidas protectoras del cónyuge perjudicado, hacen notar que no se ha pasado a la concepción del divorcio remedio, porque, son obligaciones que hay que cumplir, a mi concepto si se ha pasado al divorcio remedio, pese a estas obligaciones, porque el cónyuge demandante lo que desea es divorciarse y si para ello tiene que haber pasado alimentos al cónyuge o a los hijos, lo dará y si tiene que dar una indemnización, igualmente lo dará y si tiene que adjudicarle preferentemente la parte

que le corresponde de la sociedad de gananciales, al cónyuge perjudicado, también lo hará, máxime, cuando lo que se le va a adjudicar es el 50% de las bienes de la sociedad conyugal, porque lo que se adjudica no son todos los bienes en su integridad, ya que el cónyuge demandante o perjudicante, según al lenguaje del legislador, contrario sensu a cónyuge perjudicado, lo que quiere es liberarse del matrimonio para comenzar otro proyecto de vida o solucionar su situación jurídica familiar.”¹⁹

Respecto a los daños derivados de la separación personal y del divorcio, existen doctrinas intermedias y que admiten el resarcimiento, como las siguientes:

Sobre una doctrina intermedia. Santos Cifuentes admite (...) “en los supuestos en que los hechos que dieron lugar al divorcio tuvieran una fuerza dañadora muy punzante ya sea en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en los físico u orgánico del otro cónyuge, superiores en su gravedad a las que produce la mera ruptura del matrimonio, casos en los cuales podría corresponder la reparación de la lesión causada al bien moral, que debe ser compensada en forma autónoma (...). En estos supuestos o similares, se habrá sobrepasado la protección que consagran las normas matrimoniales con relación a los derechos del cónyuge inocente”.²⁰

Para Varsi Rospigliosi, la importancia del resarcimiento radica en que, “al afectarse la esfera interna del hombre se produce en el un dolor espiritual y resquebrajamiento del alma. El actuar doloso del cónyuge culpable en el cumplimiento de los deberes conyugales que emergen de la relación conyugal implica un atentado directo contra los derechos personales del cónyuge.

¹⁹Canales, M. M. (s.f.). *Poder Judicial-Gobierno del Perú*. Obtenido de http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-03_nuevas_causales_separacion_cuerpos_210208.pdf

²⁰ Cifuentes, S. (2001). Daños Derivados de la Separación personal y del Divorcio. En E. A. Sambrizzi, *Daños en el Derecho de Familia* (pág. 137). Buenos Aires: La Ley S.A.

Así, el daño moral se deriva de los hechos constitutivos de la causal de divorcio que el cónyuge culpable realiza contra el inocente”.²¹

“Para demandar esta causal, el demandante debe acreditar estar a día en el pago de los alimentos u otras obligaciones que se hubieran pactado entre los cónyuges.

Para brindar seguridad y garantía al cónyuge demandado por esta causa, se faculta expresamente al juez que vele por su estabilidad económica y la de los hijos, debiendo señalar una reparación por el daño moral u ordenar la adjudicación preferente de los bienes gananciales. Además, el Juez podrá otorgar al cónyuge perjudicado el derecho de habitación (art.323), la pensión de alimentos (art.342) y/o la reparación por el daño moral (art.351), mientras que respecto al cónyuge que motivo el proceso se podrá disponer la pérdida de gananciales (arts. 324 y 352) y la pérdida de derechos hereditarios (art. 343).

A pesar del carácter objetivo de la causal se buscará determinar la existencia del cónyuge perjudicado con la separación de hecho, para lo cual la lógica nos remitirá que se trata del cónyuge que no motivo dicha separación. Claro está que no en todos los supuestos se podrá determinar tal condición”.²²

“Al respecto, el considerando cuarenta y nueve del Tercer Pleno Casatorio Civil indica acertadamente que el divorcio por separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria, por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges sea culpable o inocente (...)”²³

Siendo ello así, Rómulo Morales, apunta que “el daño personal” del segundo párrafo del artículo 345- A no es el daño a la persona del artículo 1885 del mismo código, ni tampoco el daño moral, entendido como categorías típicas de la responsabilidad civil,

²¹Rospigliosi, E. V. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

²² Rospigliosi, E. V. (2011). *Tratado de Derecho de Familias*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

²³ Carrasco, M. A. (2017). Manual Practico para abogados de divorcio. En M. A. Patricia Herrera Arana, *La separacion de hecho y el abandono injustificado del hogar conyugal* (págs. 27-35). Lima: GACETA JURIDICA S.A.

sino significa el desequilibrio económico que afecta al cónyuge perjudicado por la separación de hecho y el divorcio”²⁴

Ergo, “no resulta correcto decir que el cónyuge más perjudicado haya sido víctima de un daño, como elemento del juicio de la responsabilidad civil. La ley impone la obligación de indemnizar porque el divorcio puede ocasionar un desequilibrio que tiene causa ultima en cómo se desarrolló la vida matrimonial”.²⁵

“Esto nos lleva a concluir que la causal de la separación de hecho a pesar de pertenecer al sistema objetivo de divorcio-remedio no implica la imposibilidad, de ser el caso, de determinar la existencia de un cónyuge culpable y un cónyuge inocente o más perjudicado con la separación de hecho, ya que tal elemento no es esencial, propio e inherente de la separación de hecho.

En tal sentido, el determinar a un cónyuge inocente corresponde a un criterio de justicia con el fin de no desamparar a aquel cónyuge que se perjudica considerablemente con la ruptura de la convivencia y consiguiente disolución del vínculo conyugal, estableciendo medidas para su tutela protección y estabilidad, las cuales no deben ser exclusivas del sistema subjetivo de causales inculpatorias y atenúan la objetividad de las causales pertenecientes al sistema de divorcio-remedio. Por lo tanto, es válido jurídicamente, de ser el caso, aplicar medidas tuitivas para este cónyuge inocente y más perjudicado a pesar de haberse invocado la causal de separación de hecho. Tal criterio es acorde con la función tutelar que siempre debe estar presente en el ordenamiento jurídico”.²⁶

²⁴ Rómulo, M. H. (2011). "Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. indemnización del desequilibrio económico a favor del conyuge debil en el Tercer Pleno Casatorio". *Dialogo con la Jurisprudencia N° 153, Gaceta Juridica*, 56.

²⁵ Carrasco, M. A. (2017). Manual Practico para abogados de divorcio. En M. A. Patricia Herrera Arana, *La separacion de hecho y el abandono injustificado del hogar conyugal* (págs. 27-35). Lima: GACETA JURIDICA S.A.

²⁶ Torres, C. C. (2010). "La separacion de hecho. El remedio de la disolucion del vinculo conyugal". *Dialogo con la Jurisprudencia N° 143, Gaceta Juridica*, 173.ñ

Se vincula al caso en concreto, por ser la razón principal del recurso de casación interpuesto por la demandada- la indemnización prevista en el artículo 345-A- Además de que permite profundizar en el tema del perjuicio moral y personal que deriva del quiebre matrimonial.

6. LA SEPARACION DE PATRIMONIOS

Max Arias considera que, “este régimen se funda en la independencia absoluta de los patrimonios de los cónyuges. Ello significa que pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento de iniciarse el mismo y los que después adquiere con recursos propios o sustitución, así como los frutos o productos de estos (...).

Hay que añadir, también que el supuesto de cambio de régimen por así convenirlo los cónyuges en ejercicio de su derecho de sustitución (...)²⁷.

Sobre la sustitución del régimen, “En este caso se admite la variabilidad convencional; es decir, aquella que acuerdan los cónyuges para cambiar el régimen patrimonial en el que se encuentran y adherirse a otro. Así los cónyuges ejercitaran su derecho de sustitución tantas veces como lo crean conveniente.

El convenio cuyo contenido sea el reflejo del ejercicio del derecho de sustitución por los cónyuges requiere una forma prescrita ad solemnitatem, sea cual fuere el nuevo régimen patrimonial al que se adhieren. Esa formalidad, para este caso es doble: otorgamiento de escritura pública e inscripción en el registro personal. En consecuencia, se señala que la eficacia de la sustitución se produce desde la fecha en su inscripción registral”.²⁸

²⁷ Pezet, M. A. (1997). *EXEGESIS DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984- Tomo VII, Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L.

²⁸ Pezet, M. A. (1997). *EXEGESIS DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984- Tomo VII, Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.

En el presente Informe jurídico, se analiza un expediente de naturaleza civil cuya materia es el divorcio por causal de separación de hecho; en tal sentido, la demanda fue interpuesta por el Sr. B. V. E. contra su cónyuge G. A. H.; solicitando como pretensión principal la disolución del vínculo matrimonial y como pretensiones accesorias: 1) Cese de la obligación de pensión de alimentos para la demandada del 30%; 2) Indemnización por los daños y perjuicios ascendente al monto de S/. 30,000.00 soles a favor del demandante y las demás pretensiones relacionadas a la patria potestad, régimen de visitas y tenencia, todo amparado en la normativa sustantiva (Código Civil y Constitución) y normativa procesal (Código procesal Civil). A su turno la parte demandada contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente por cuanto no se ha probado por parte del demandante que este separado por más de dos años y además porque la cónyuge perjudicada es su persona. No obstante, interpone demanda de reconvención solicitando una indemnización por daños y perjuicios a su favor, sustentado su pedido en el artículo 445 del Código Procesal Civil.

Así, las cosas, mediante escrito de fecha 22 de octubre de 2014, se absuelve el traslado de la reconvención, solicitando se declare infundado el pedido y se otorgue a su persona como monto de resarcitorio la suma de S/. 30,000.00 soles, adjuntado sus medios de prueba y fundamentando su derecho de conformidad con los artículos 289 y 36 del Código Civil.

En primera instancia el día 04 de abril de 2016 El Juez del Juzgado de Familia Transitorio de la Corte Superior de Arequipa, declara **INFUNDADA** la demanda de divorcio por separación de hecho por más de cuatro años obrante de fojas veintisiete a treinta y cuatro y su escrito de subsanación obrante a fojas cuarenta y nueve y cincuenta, presentados por **E. B. V.** en contra de **G. A. H. y el MINISTERIO PÚBLICO; IMPROCEDENTE** la reconvención a la demanda obrante de fojas setenta y cuatro a setenta y seis y su escrito de subsanación obrante a fojas ochenta y fres

presentados por **G. A. H.** por los cuales solicita que el demandante la indemnice con cincuenta mil nuevos soles por el daño moral y personal ocasionado.

Respecto a lo indicado precedentemente, no se concuerda con la decisión adoptada, pues no se valoraron los hechos manifestado en el escrito de demanda, pues no existió una valoración conjunta de los medios probatorios, así como tampoco se probó el daño causado a la demandada; a pesar que para este tipo de procesos, basta probar la separación continua y cumplir con unas series de requisitos; entre ellos: a) El elemento objetivo, que corresponde al alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos, incumplimiento de los deberes del matrimonio, b) El elemento subjetivo, que consiste en que las razones del apartamiento no se produzca por motivos laborales, o de salud, etc.; sino que debe existir la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación; y, c) El elemento temporal, se requiere de acuerdo a ley que la separación de hecho sea mayor a dos años cuando los cónyuges no tienen hijos menores de edad y de cuatro años cuando los cónyuges tienen hijos menores de edad

En segunda instancia, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa mediante sentencia N° 177-2017 de fecha 21 de abril de 2017; declara **REVOCAR** la sentencia número ciento noventa y seis guión dos mil dieciséis de fecha cuatro de abril del año dos mil dieciséis el extremo que declaró infundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho formulada por E. B. V. en contra de G. A. H. y otro, reformándola **DECLARARON** fundada la pretensión de divorcio por la causal de separación de hecho mayor a cuatro años realizada por el demandante E. B. V. en contra de G. A. H. y en consecuencia, **DECLARARON** disuelto el vínculo matrimonial celebrada ante el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Distrital de Cayma, Provincia y departamento de Arequipa con fecha doce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho; en consecuencia; **a)** La pérdida de los ex cónyuges a heredar entre sí **b)** La pérdida del derecho de la ex cónyuge de llevar el apellido del ex cónyuge, **c)** Declarar **FENECIDA** la sociedad gananciales. **d)** Sin pronunciamiento respecto a

alimentos, patria potestad, tenencia y régimen de visitas del hijo G. C. B. A. e) El cese obligación alimenticia entre los divorciados. f) **INFUNDADA** respecto al establecimiento del cónyuge perjudicado con la separación de hecho.

En este aspecto concordamos con la posición adoptada por la sala, pues existió valoración conjunta de los hechos y de las pruebas presentadas por las partes; se llegó a determinar la separación de más de cuatro años entre las partes; Se logró determinar la situación perjudicial del cónyuge; se logró determinar la situación patrimonial entre los cónyuges; etc.

La Corte Suprema de Justicia de la República de la Sala Civil Transitoria de fecha veintisiete de junio del dos mil veintisiete, Declaro **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por G. A. H. a fojas doscientos treinta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas doscientos veintitrés, de fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. **Concordamos con la decisión pues no se cumplió los requisitos materiales objetivos que requiere el propio recurso.**

El problema existencial en este tipo de procesos civiles de familia, es el grado de subjetividad que puede existir respecto a la valoración de los medios de prueba; situación que fue reflejada en la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda, pues a pesar de existir un medio de prueba objetivo de la separación continua y duradera en el tiempo por parte de los sujetos procesales; si bien es cierto, nuestro ordenamiento jurídico busca conservar el matrimonio, como figura tradicional que une a dos personas a fin de hacer vida en común y proceder conforme a sus situaciones reales que cada una trae consigo.

De este tipo de procesos, obtenemos una serie de conceptos básicos que son importante para comprender la naturaleza jurídica de las causales de divorcio, las mismas que se han desarrollado en los apartados anteriores a fin de conocer cuáles son parámetros que tuvieron a bien los juzgadores para declarar fundada la demanda en segunda instancia y establecer el no perjuicio entre los sujetos procesales y no ordenar una indemnización.

CONCLUSIONES

Desde mi punto de vista, estoy conforme con lo resuelto en la segunda instancia, así como en sede casatoria, toda que se llegó a probar que el demandante estuvo separado por más de cuatro años de la demandada situación primigenia para disolución del vínculo matrimonial, así como de los demás derechos conexos que trae consigo el matrimonio. sin embargo, no dejemos pasar que tales conclusiones llegaron a raíz del análisis de la denuncia policial de fecha doce de febrero de dos mil nueve, a partir de la cual dicha instancia se persuadió que se encuentra acreditada la pretensión de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que los fundamentos expuestos, cumplieron con los requisitos indispensables que se requieren para establecer la separación; entre ellos: a) El elemento objetivo, que corresponde al alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos, incumplimiento de los deberes del matrimonio, b) El elemento subjetivo, que consiste en que las razones del apartamiento no se produzca por motivos laborales, o de salud, etc.; sino que debe existir la intención de los cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación; y, c) El elemento temporal, se requiere de acuerdo a ley que la separación de hecho sea mayor a dos años cuando los cónyuges no tienen hijos menores de edad y de cuatro años cuando los cónyuges tienen hijos menores de edad. Con respecto a las demás pretensiones solicitadas por el demandante en su acto postulatorio, estamos conforme con lo expuesto respecto a la sentencia de segunda instancia, por cuanto no se logró probar que la parte demandada no está impedida de trabajar o proveer los elementos necesarios para su subsistencia. Por otro lado, no se pudo acreditar que la demandada haya quedado perjudicada y/o agraviada con la separación y menos se probó por la parte demandada que esto no sea verdad; Y con respecto a la tenencia, y custodia no es posible el pronunciamiento de fondo pues existe una acta de conciliación y por último tampoco hubo pronunciamiento de fondo respecto al régimen patrimonial por cuanto no existió bienes en el matrimonio; en consecuencia, estamos de acuerdo con todos los puntos y fundamentos expuestos en la sentencia de vista así como en la sentencia casatoria.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. Baldovino, A. M. (2017). La separacion convencional y divorcio ulterior en nuestra legislacion . Mecanismo de proteccion familiar ante el inexorable quebrantamiento del vinculo matrimonial. En M. A. Carrasco, *Manual Practico para abogados de divorcio* (pág. 55). Lima: Gaceta Juridica.
2. Vilcachaua, A. F. (2017). En M. A. Carrasco, *Manual pratico para abogados de divorcio* (pág. 104). Lima: Gaceta Juridica S.A.
3. LLanos, B. A. (2008). *La familia en elCodigo Civil peruano*. Lima: Ediciones Legales.
4. Rospigliosi, E. V. (2011). *Tratado de Derecho de Familias*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
5. Tapia, M. B. (2009). *Divorcio y separacion de cuerpos*. Lima: Grijley E.I.R.L.
6. Chiu, K. A. (2017). La Causal de divorcio por imposibilidad de hacer vida en comun conforme a la Ley N° 27495. En M. A. Carrasco, *Manual practico para abogados de divorcio* (págs. 89-99). Lima: GACETA JURIDICA S.A.
7. Rospigliosi, E. V. (2011). *Tratado de Derecho de Familias*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
8. Torres, C. C. (2010). "La separacion de hecho. El remedio de la disolucion del vinculo conyugal". *Dialogo con la Jurisprudencia N° 143, Gaceta Juridica*, 173.
9. Tapia, M. B. (2009). *Divorcio y separacion de cuerpos*. Lima: Grijley E.I.R.L.
10. Rospigliosi, E. V. (2011). *Tratado de Derecho de Familias*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
11. Carrasco, M. A. (2017). Manual Practico para abogados de divorcio. En M. A. Patricia Herrera Arana, *La separacion de hecho y el abandono injustificado del hogar conyugal* (págs. 27-35). Lima: GACETA JURIDICA S.A.
12. Rómulo, M. H. (2011). "Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. indemnizacion del desequilibrio economico a favor del conyuge debil en el Tercer Pleno Casatorio". *Dialogo con la Jurisprudencia N° 153, Gaceta Juridica*, 56.

V.ANEXOS

SENTENCIA CASATORIA:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2548-2017
AREQUIPA
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

241
directos
cuatro
más

Lima, veintisiete de junio
de dos mil diecisiete.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:-----

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por [REDACTED] a fojas doscientos treinta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas doscientos veintitrés, de fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocó la sentencia apelada de fojas ciento sesenta y cinco, de fecha cuatro de abril de dos mil dieciséis, en el extremo que declaró infundada la demanda de Divorcio por Causal de Separación de Hecho; y reformándola, la declaró fundada.-----

SEGUNDO.- En tal sentido, examinados los autos se advierte que el recurso en mención cumple con los requisitos de admisibilidad, de conformidad con lo exigido por el artículo 387 del Código Procesal Civil. Asimismo, al no ser la sentencia de vista impugnada una que confirma la de primera instancia, no es exigible el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 388 inciso 1 del Código Procesal Civil.-----

TERCERO.- El recurso de casación es formal y excepcional, por lo que debe estar redactado con precisión y estricta sujeción a los requisitos que exige la norma procesal civil para su admisibilidad y procedencia, correspondiendo al impugnante puntualizar en cuál de las causales se sustenta, esto es en la *infracción normativa* o en el *apartamiento inmotivado del precedente judicial*, debiendo asimismo contener una fundamentación clara y pertinente respecto a cada una de las infracciones que se denuncian, demostrando la incidencia directa que éstas tienen sobre la decisión impugnada, siendo responsabilidad del justiciable *-recurrente-* consignar los agravios que invoca a las causales que para dicha finalidad se encuentran taxativamente determinadas en la norma procesal.-----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

*denunciado
dentro
delo*

**CASACIÓN 2548-2017
AREQUIPA
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

CUARTO.- En lo referente a los restantes requisitos de procedencia y en el marco descrito por el artículo 388 incisos 2 y 3 del Código Procesal Civil, se desprende del texto del recurso que éste se sustenta en lo siguiente: **Infracción normativa del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.** Alega que la demanda de alimentos fue interpuesta en el año dos mil siete, y la denuncia policial se realizó en febrero de dos mil nueve, la cual es una simple declaración de parte formulada por el demandante en la Comisaría por el presunto abandono, pero en la Escritura Pública de Compraventa de fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve, ambas partes señalaron su dirección domiciliaria en el lugar donde residían, o en su caso en el que señalaron su hogar conyugal, por lo que al retomar la relación conyugal y existiendo perdón u olvido no se puede alegar nuevamente lo perdonado; más aún, si se llegó a un acuerdo conciliatorio el veintiséis de febrero de dos mil catorce respecto a la tenencia y custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos de su hijo, por lo tanto, no se ha dado cumplimiento al Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales, contraviniéndose lo previsto por el artículo 139 de la Constitución Política del Perú al no haberse podido acreditar fehacientemente la interrupción del matrimonio.

QUINTO.- Al respecto, las alegaciones que plantea la parte recurrente básicamente se orientan a cuestionar la motivación de la sentencia de vista materia de casación, al afirmar que no se ha podido acreditar la interrupción del matrimonio, lo cual a su consideración constituye incumplimiento del deber de motivación. En tal sentido, se aprecia que la Sala Superior establece que revocó la sentencia apelada que declaró infundada la demanda, al establecer que se encuentra acreditado el abandono del hogar conyugal por parte de la demandada a la fecha de interposición de la demanda el veintisiete de febrero de dos mil doce, habiendo transcurrido los cuatro años que prescribe la ley para que opere el divorcio. Se evidencia además que dicha conclusión surgió del análisis de la denuncia policial de fecha doce de febrero de dos mil nueve, a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2548-2017
AREQUIPA
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

243
docu
vicio
Tm

partir de la cual dicha instancia se persuadió que se encuentra acreditada la pretensión de Divorcio por la Causal de Separación de Hecho. De ello se desprende que la impugnante (cuando afirma que se retomó la relación conyugal al consignarse un domicilio común en la Escritura Pública de Compraventa del treinta y uno de marzo de dos mil nueve), lo que manifiesta es la intención de que se modifique la conclusión arribada por la Sala Superior, sin tener en cuenta que la situación fáctica establecida en sede de instancia no puede variarse, al implicar la revaloración del caudal probatorio ofrecido, admitido y actuado en el transcurso de la causa, aspecto que resulta ajeno al debate en Sede Extraordinaria, atendiendo a las finalidades del recurso interpuesto, previstas en el artículo 384 del Código Procesal Civil, circunscritas a la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República.

SEXTO.- De otro lado, la instancia superior respecto a lo que se consigna en la Escritura Pública de Compraventa señala que ésta de modo alguno acredita que las partes en ese momento se encontraban viviendo juntas o que habían retomado su relación matrimonial. En el contexto de lo indicado, es claro que la parte recurrente pretende cuestionar el criterio al que arriba esa instancia a partir del establecimiento de hechos específicos, así como la revaloración de dicho medio probatorio, lo cual tampoco resulta factible en Sede Extraordinaria.

SÉTIMO.- En suma, de lo expuesto se desprende que si bien la recurrente describe la presunta infracción normativa, no demuestra la incidencia directa de las mismas en la resolución impugnada, pues la sentencia de vista ha sido emitida con la correspondiente fundamentación de hecho y de derecho, acorde al Principio de Motivación consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 50 inciso 6 y 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 2548-2017
AREQUIPA**

DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

*Directo
con
confío*

OCTAVO.- Finalmente, si bien la recurrente cumple con el requisito previsto por el artículo 388 inciso 4 del Código Procesal Civil, al indicar que su pedido casatorio es revocatorio, ello no es suficiente para la procedencia del recurso interpuesto, pues los requisitos de fondo a los que el mismo se sujeta son concurrentes.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo previsto por el artículo 392 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por [REDACTED] a fojas doscientos treinta y cinco, contra la sentencia de vista de fojas doscientos veintitrés, de fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por [REDACTED] contra [REDACTED], sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron. Integra esta Sala el Señor Juez Supremo Calderón Puertas, por licencia del Señor Juez Supremo Miranda Molina. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema.

S.S.

ROMERO DÍAZ
CABELLO MATAMALA
CALDERÓN PUERTAS
DE LA BARRA BARRERA
CÉSPEDES CABALA

Msc/Chs/Kj

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. ALVARO CÁCERES PRADO
Secretario(a)
Sala Civil Transitoria

