

EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DEL DIVORCIO POR CAUSAL¹

Alex F. Plácido V.

1. El juez competente.

Estos procesos son de competencia de los Juzgados de Familia, de conformidad con el artículo 475, inciso 1, del Código Procesal Civil modificado por la Ley 27155, pudiéndose interponer la demanda ante el juez del domicilio del demandado o del último domicilio conyugal, a elección del demandante.

La ley otorga la opción a favor del cónyuge demandante de presentar su demanda ante el juez del domicilio actual del cónyuge demandado o ante el del último domicilio conyugal, es decir, si hubo separación de hecho anterior, el que compartieron al tiempo de producirse ésta.

El artículo 24, numeral 2, del Código Procesal Civil no señala que esta competencia territorial sea improrrogable. En tal virtud, si se demanda ante juez distinto, éste no puede declarar su incompetencia, por cuanto en el artículo 35 del Código adjetivo se establece que la incompetencia se declara de oficio por razón del territorio cuando ésta sea improrrogable. Lo que procede es que el demandado invoque la incompetencia como excepción o como inhibitoria.

En el supuesto que el demandado comparezca al proceso sin hacer reserva o deja transcurrir el plazo sin alegar la incompetencia, se habrá producido una prórroga tácita. Luego, no podrá invocar la incompetencia como causal de nulidad por no haber sido propuesta oportuna y debidamente. De hacerlo, el juez deberá rechazarla de plano por no extemporánea.

De otro lado, no existe impedimento legal para que los cónyuges acuerden por escrito someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que corresponde, al no declararla improrrogable la ley. Ello se produciría, por ejemplo, si los cónyuges establecen por escrito su separación de hecho y en ella fijan su sometimiento a la competencia territorial de un determinado juez para el caso de iniciarse un proceso de separación de cuerpos o de divorcio por causal. Esa dispensa convencional del deber de cohabitación no podrá ser considerada como inválida e ineficaz, por cuanto sólo si los cónyuges no acuerdan la convivencia separada en los casos del artículo 289 del Código Civil, procederá la dispensa judicial. En tal virtud, la prórroga convencional de la competencia sustentará la contradicción de la inhibitoria o de la excepción, ofreciéndose como medio probatorio el documento que acredita su existencia.

Competen al juez que conoce de la separación de cuerpos o del divorcio por causal, las pretensiones relativas a los derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos.

¹ Publicado en Ensayos de Derecho de Familia. Lima, Editorial Rodhas, 1997. p. 313.

2. Las partes.

Resulta obvio que las partes, por antonomasia, son los cónyuges. Ellos tienen capacidad para ser parte material y para comparecer al proceso personalmente o por apoderado.

Si uno de los cónyuges ha fallecido, los herederos no pueden iniciar la acción, ya que se ha producido la disolución del vínculo matrimonial. En caso contrario, la demanda será declarada improcedente por carecer de legitimación por obra del demandante. De otro lado, los herederos tampoco podrán continuar la acción iniciada en vida por su causante, es decir, no operará la sucesión procesal, al haberse producido la desaparición de uno de los presupuestos de la acción de separación de cuerpos o de divorcio por causal: ello es, la subsistencia del vínculo matrimonial. Ante esa eventualidad, el juez debe declarar la conclusión del proceso sin expresión sobre el fondo por haberse sustraído la pretensión del ámbito jurisdiccional.

Si alguno de los cónyuges es incapaz por enfermedad mental o ha sido declarado ausente, comparece al proceso representado por cualquiera de sus ascendientes, de acuerdo con el artículo 334 del Código Civil. A falta de éstos, el juez le nombrará un curador procesal. Igual tratamiento deben merecer los casos en que el cónyuge incapaz lo sea por deterioro mental que le impide expresar su libre voluntad. En cambio, si el cónyuge ha sido declarado pródigo, mal gestor, ebrio habitual o toxicómano, debe estarse a lo que dispone el artículo 591 del Código Civil: no puede comparecer al proceso sin el asentamiento especial del curador.

Las situaciones descritas son relevantes para la constitución de una relación jurídica procesal válida. Así, cuando se demande la separación de cuerpos o el divorcio por la causal de fármaco-dependencia y en la medida que se cuente con la prueba preexistente de esa eventualidad, deberá promoverse previamente la interdicción civil y nombrarse un curador provisional al cónyuge afectado, quien le otorgaría el asentamiento especial requerido; y, en el caso que la prueba haya sido ofrecida con la demanda, deberá nombrarse un curador procesal que lo represente en el proceso si de la actuación de las pruebas resulta manifiesta la incapacidad relativa de ejercicio, a fin de establecer una relación jurídica procesal válida.

De otro lado, queda entendido que el cónyuge menor de edad tiene plena capacidad para estar en todo tipo de procesos al haber cesado su incapacidad relativa por razón del matrimonio.

Como se indicó, los cónyuges pueden comparecer personalmente o por apoderado judicial. A este último deberán conferírsele las facultades especiales contenidas en el artículo 75 del Código Procesal Civil, para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones y demás actos de

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

disposición de derechos sustentativos dentro del proceso de separación de cuerpos o de divorcio por causal, así como para asistir a las audiencias respectivas; siendo insuficiente, para ello, las facultades generales.

Con relación a la representación judicial, curaduría procesal y procuración oficiosa, debe estimarse que no es posible que el hijo de los cónyuges asuma como abogado o procurador, la defensa o representación de uno de ellos, pues tal situación lesionaría los deberes de lealtad, probidad y buena fe, rompiendo el principio de igualdad entre los litigantes, ya que significaría para uno de ellos la presencia permanente de un factor inhibitorio de su actuación en el pleito, que incide o puede incidir en la eficacia de su defensa. En tal caso, el juez debe ejercer las facultades que reconoce la ley para hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso.

Además de los cónyuges, el Ministerio Público es parte en los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal y, como tal, no emite dictamen. La finalidad de su intervención es la de controlar la legalidad, evitando la colusión entre los cónyuges para provocar directamente la separación de cuerpos o el divorcio sin acreditar la causal invocada, y, cuando hay hijos menores de edad, la de velar por el interés del niño y adolescente en las cuestiones relativas a la patria potestad y alimentos.

3. La vía procedimental.

El procedimiento es el del proceso de conocimiento y sólo se impulsará a pedido de parte.

La sujeción al proceso de conocimiento radica en que la sentencia que declara la separación de cuerpos o el 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, por lo que deben tomarse los mayores recaudos para arribar a esta declaración.

La limitación al impulso procesal de oficio responde al principio de protección del matrimonio: los únicos interesados en obtener el decaimiento o la disolución del vínculo conyugal son los propios cónyuges. Su inactividad procesal podría ser consecuencia de una posible reconciliación y tal situación interesa mantener.

4. La postulación del proceso.

Con la relación a la postulación del proceso, se debe considerar lo siguiente:

4.1 Descripción de los hechos en la demanda.

Para que quede tipificada la causal que se invoca, deben ser expuestos con suficiente precisión los hechos ocurridos; considerando que un mismo hecho

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

no puede configurar más de una causal. En consecuencia, si se comprueba que en la demanda no se ha cumplido con esta especificidad, debe ser declarada inadmisibles a fin de que se precise el petitorio.

Sin embargo, cuando las causales no se vinculan a un solo hecho, sino al desarrollo de la conducta, tal como por lo general sucede cuando se imputan injurias, no será indispensable señalar en la demanda, con exactitud cada una de las ofensas recibidas, sino que bastará con detallar los hechos más significativos, en tanto resulten representativos de la conducta injuriosa que se imputa, lo cual permitirá acreditar otros hechos particulares no mencionados expresamente en la demanda, pero que son de similar naturaleza a los enunciados.

4.2 Inadmisibilidad de la demanda por no cumplir con los requisitos legales o no acompañarse los anexos exigidos por ley.

Se presentaría cuando la demanda no cumpla con las exigencias legales procesales o no se acompañe la prueba de la calidad de cónyuge, esto es, la partida de matrimonio o los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. En estos casos, el juez ordenará al demandante subsanar la omisión o defecto. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

4.3 Improcedencia de la demanda por caducidad del derecho.

Se presentaría cuando el Juez advierta, del texto de la demanda y de la prueba ofrecida, la verificación de alguno de los supuestos del artículo 339 del Código Civil que producen la caducidad del derecho en que se sustenta la pretensión. De ser manifiesta, el juez declarará improcedente la demanda, fundamentando su decisión y devolviendo los anexos.

Sobre la caducidad, debe tenerse presente que el demandado puede proponerla como excepción, la que si se declara fundada anulará todo lo actuado y dará por concluido el proceso.

Sin embargo, es posible que la caducidad no se advierta de la demanda ni el demandado la haya propuesta como excepción, pero luego es apreciada por el juez; inclusive, después del saneamiento procesal. Al respecto, debe considerarse que la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, de conformidad con el artículo 2006 del Código Civil; y que, esa actuación de oficio no se ve perjudicada si alguna de las partes la advierte al juez. En consecuencia, deberá concluirse el proceso sin declaración sobre el fondo de acuerdo con el artículo 321, inciso 5, del Código Procesal Civil.

4.4 Reconvención.

El demandado por separación de cuerpos o divorcio por causal puede reconvenir por divorcio o separación de cuerpos por causales idénticas o

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

diferentes, indistintamente. También puede entablar por esa vía, cualquiera de las pretensiones acumulables por la conexidad con la relación jurídica invocada en la demanda.

Si el demandado no reconviene, no puede declararse la separación de cuerpos o el divorcio por culpa del cónyuge demandante -aún cuando su culpa resulte de la prueba- pues ello implicará juzgar fuera de lo peticionado.

4.5 Variación de la demanda de divorcio a separación de cuerpos.

El artículo 482 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 357 del Código Civil, establece que en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniendo, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos; ello como es natural en el deseo social de conservar la institución del matrimonio.

Es evidente que habiéndose demandado el divorcio por causal, la pretensión puede ser variada por una de separación de cuerpos por causal. Sin embargo, la jurisprudencia -con cierta frecuencia- viene admitiendo que también se puede variar a una separación de cuerpos de carácter convencional. Se afirma que esta práctica judicial de alguna manera evita se agudicen aún más los conflictos de pareja y de familia a través de un proceso judicial altamente controvertido. No obstante, tal práctica judicial es improcedente, no sólo por tratarse de derechos indisponibles, sino y sobretudo por afectarse el debido proceso al "sumarisar" un proceso que es de conocimiento y desconocer que la pretensión de divorcio por causal involucra a ésta, por lo que la conversión sólo puede ser en una separación de cuerpos por causal. Además, la referida práctica judicial implica un corolario de dispensa de la falta cometida por el cónyuge culpable.

La aludida práctica judicial ha demostrado su mayor problema cuando, producida tal variación, uno de los cónyuges se desiste dentro del plazo señalado en el artículo 578 del Código Procesal Civil. La respuesta mayormente aceptada ha sido la de anular lo actuado en lo convencional y reponer la causa al estado previo a la solicitud de variación; aunque también se ha declarado la conclusión del proceso de acuerdo con la citada disposición adjetiva y, asimismo, se ha señalado la improcedencia de la revocación por tratarse de un ejercicio abusivo del derecho.

Los cuestionamientos precedentes, evidencian -en última instancia- que la mentada práctica judicial es contraria a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil: las normas procesales contenidas en el código adjetivo son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Sobre este último aspecto, recuérdese que la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495 ha dispuesto expresamente que "en los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causales establecidas en los incisos del 1 al 13 del artículo 333

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando las causales establecidas en los incisos 11 y 12 del referido artículo en un plazo no mayor de treinta días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, no siendo aplicable por excepción, lo dispuesto en el artículo 428 del Código Procesal Civil. El Juez adecuará el trámite de la demanda según la vía procedimental correspondiente".

4.6 Excepciones.

El ordenamiento procesal precisa la excepciones que pueden ser propuestas por el demandado. Para el caso de la separación de cuerpos y el divorcio por causal, tienen particular interés las excepciones de caducidad y de litispendencia.

Ya se ha explicado que para las diferentes causales de separación de cuerpos y de divorcio, el artículo 339 del Código Civil contempla los casos en que opera la caducidad y que provoca anular todo lo actuado, dando por concluido el proceso.

El análisis de la excepción de litispendencia requiere tener presente que para establecer si una pretensión es idéntica a otra hay que tener en cuenta tres elementos: *personae*, *petitum* y *causa petendi*. En base a estos elementos identificatorios se determina si hay una doble litispendencia, de conformidad con el artículo 452 del Código Procesal Civil.

Recuérdese que se puede demandar la separación de cuerpos o el divorcio por las distintas causales taxativamente señaladas en el artículo 333 del Código Civil. Por eso la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio abarca, comprende a la causal o causales invocadas en la demanda.

En ese sentido, por ejemplo, en la pretensión de divorcio el *petitum* es la disolución del matrimonio y la *causa petendi* la invocada en la demanda.

Por ello, una comparación de los citados elementos de los procesos involucrados descartará la identidad si la *causa petendi* del petitorio de cada uno no es la misma. Sin embargo, el análisis no se agota en esto desde que diferentes hechos imputados a cada cónyuge pueden configurar idénticas o diferentes *causa petendi*. En tal sentido, además se deberá apreciar los hechos que configuran la *causa petendi* invocada en la demanda para declarar fundada o infundada la excepción de litispendencia.

4.7 Rebeldía.

La declaración de rebeldía, en el proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, no causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda. Ello en razón de que la pretensión se sustenta en un derecho indisponible por su carácter de atributo de la persona: el estado de

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

familia. Tal indisponibilidad provoca que los particulares carezcan de poder sobre sus cualidades personales como para modificarlas o disponer de ellas por convenciones según su voluntad. En tal sentido, la declaración de rebeldía no obsta a que el demandante acredite los hechos expuestos en su demanda, ni impide al demandado ofrecer pruebas, si fuere el estado, las que sólo pueden versar sobre los hechos alegados por la parte actora.

4.8 Acumulación.

En caso de que cada uno de los cónyuges, en la misma época, haya demandado al otro por separación de cuerpos o divorcio por causal, corresponde la acumulación de ambos procesos para que se dicte una sola sentencia, dado que se persigue la modificación del estado de familia: el vínculo matrimonial, elemento común en ambas pretensiones (artículo 84 del Código Procesal Civil). Se trata de una acumulación sucesiva de procesos.

Igualmente y atendiendo a la mencionada conexidad, pueden acumularse los procesos de invalidez del matrimonio con los de separación de cuerpos o divorcio por causal; lo que evitará pronunciamientos jurisdiccionales opuestos (artículo 88, inciso 3, del Código Procesal Civil). Ante esta última circunstancia, si el juez declara fundada la demanda de invalidez del matrimonio, debe declarar, a su vez, la conclusión del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal sin expresión sobre el fondo por sustraerse la pretensión del ámbito jurisdiccional al desaparecer uno de los presupuestos de la acción: la subsistencia válida del vínculo matrimonial.

Un caso de conexidad por la existencia de un elemento afín entre dos pretensiones es el caso en que se demanda divorcio por la causal de adulterio y acumulativamente se impugna la paternidad matrimonial del hijo tenido por la mujer casada con un tercero, que es el sustento de la primera pretensión. Se trata de un evidente caso de acumulación objetiva originaria accesoria, donde la pretensión principal es la de impugnación de la paternidad matrimonial y la accesoria la de divorcio por adulterio.

De otro lado, en vista de los efectos personales y patrimoniales que producirá la separación de cuerpos o el divorcio, todas las cuestiones relativas a los derechos y deberes de los cónyuges o de éstos respecto de sus hijos deben ser resueltas con la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por causal. Se trata de una acumulación de pretensiones autónomas, que puede ser originaria o sucesiva. Para el primer caso, el artículo 483 del Código Procesal Civil dispone que, salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por causal, las referidas a alimentos, tenencia y cuidados de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de patrimonios y las demás que directamente deben resultar afectadas como consecuencia de la declaración de la separación de cuerpos o del divorcio por causal; y, aunque esas pretensiones tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

proponiéndose su variación. Debe destacarse que no es de aplicación lo dispuesto en los incisos 1 y 3 del artículo 85 del código adjetivo: esto es, que sean de competencia del mismo juez y que sean tramitables en una misma vía procedimental. Esto último resulta relevante, si se considera que el Código de los Niños y Adolescentes contempla la vía del proceso única para los procesos de patria potestad, tenencia, visitas, etc. Entonces, la regla es: cuando estas pretensiones se acumulan a la de separación de cuerpos o de divorcio por causal, no se considera la vía procedimental del referido código; el proceso único sólo es aplicado cuando se ejercitan esas pretensiones en forma independiente o individual.

Por la acumulación objetiva sucesiva, los procesos respecto de las pretensiones indicadas con anterioridad y que estén pendientes de resolución, se acumularán al proceso de separación de cuerpos o de divorcio a pedido de parte, conforme al artículo 484 del Código Procesal Civil.

En este punto resulta relevante establecer los criterios para discernir sobre el carácter autónomo y accesorio de las pretensiones que pueden ser propuestas con la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por causal.

Al respecto, debe tenerse presente que, de acuerdo con nuestro ordenamiento civil, en la separación de cuerpos o en el divorcio la accesoriedad está expresamente prevista por la ley; y que, en ese sentido, esas pretensiones, aunque no sean propuestas, se consideran tácitamente integradas a la demanda y obligan al juez a ampararlas necesariamente, conforme al artículo 87 del Código Procesal Civil.

Así y atendiendo a lo expuesto en los artículos 332 y 343 del Código Civil, son pretensiones accesorias de la separación de cuerpos por causal: la suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación; al fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales; y, la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge culpable. Con relación al divorcio por causal y de acuerdo con los artículos 348, 352 y 353, son pretensiones accesorias: la extinción de los deberes conyugales; la pérdida, por el cónyuge culpable, de los gananciales que procedan de los bienes propios del inocente; y, la pérdida de la vocación hereditaria entre los cónyuges.

Se tratan de los efectos que, de pleno derecho, se producen al declararse la separación de cuerpos o el divorcio por causal y que, si a ellos no se refirió el accionante en la respectiva demanda, están tácitamente integradas a ella; por lo que, necesariamente el juez debe ampararlas, sin hacer ninguna apreciación sobre cada una de esas pretensiones accesorias.

Justamente, esa consecuencia de la acumulación objetiva accesorio que determina que, al declararse fundada la principal, las pretensiones accesorias sean también necesariamente amparadas; esto es, declararlas igualmente fundadas, permite destacar la naturaleza autónoma de las pretensiones

<http://dike.pucp.edu.pe><http://www.pucp.edu.pe>

relativas a los derechos y deberes de los cónyuges o de éstos respecto de sus hijos que también deben ser resueltas con la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por causal; sea declarándolas improcedentes, fundadas o infundadas, según sea el caso. Aquí se exige la apreciación razonada del juez para que, luego de valorar la prueba actuada sobre cada una de ellas, se pronuncie en uno u otro sentido, respectivamente. El desconocimiento de esta especial naturaleza y su consideración como "accesorias" provocaría el absurdo de amparar esas pretensiones en la forma propuesta por el demandante, sin considerar para nada los argumentos de defensa que, sobre cada una de ellas, pueda formular el demandado.

Por ello, el análisis del artículo 483 del Código Procesal Civil, de cuyo último párrafo se inferiría la calificación legal como "accesorias" de las pretensiones relativas a los derechos y deberes de los cónyuges o de éstos respecto de sus hijos, resulta contrario a su verdadera naturaleza jurídica; la cual impone su debida consideración como pretensiones autónomas, dejando de aplicar la inapropiada y equívoca calificación sugerida en la ley. Debe recordarse que, en un proceso, pueden haber más de una pretensión y que la acumulación de pretensiones autónomas no está prohibida por la ley procesal.

Lo expuesto resulta relevante en el desarrollo del proceso. Así, en la audiencia de conciliación, el juez propondrá una fórmula conciliatoria en la que comprenda todas y cada una de las pretensiones acumuladas en el proceso; resultando procedente una conciliación que verse sobre alguna de las pretensiones autónomas, diferentes a la de separación de cuerpos o divorcio por causal; respecto de las cuales, el proceso continuará. Si éstas fueran declaradas infundadas, subsistirá lo resuelto en la conciliación sobre las otras pretensiones autónomas. De esta manera, se atenderá parcialmente el conflicto familiar y no se afectarán los principios de concentración y economía procesales, los que se verían inobservados si se les considerasen como pretensiones "accesorias" que, ante un desamparo de la pretensión principal, obligaría al interesado a promover posteriormente los respectivos procesos por cada una de ellas.

Igualmente, en la audiencia de fijación de puntos controvertidos, el juez procederá a enumerar los puntos controvertidos, en los que deberá comprender los relacionados con las otras pretensiones autónomas a la separación de cuerpos o al divorcio por causal, y determinará la admisión de los medios probatorios ofrecidos respecto de cada una de ellas.

5. Las medidas cautelares.

Después de interpuesta la demanda, compete adoptar todas las medidas que sean necesarias sobre las personas de los cónyuges y de los hijos menores, su residencia y, sus relaciones patrimoniales. Todas ellas tienen carácter provisional y transitorio, y pueden ser ampliadas, modificadas, reducidas o

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

sustituidas durante el curso del proceso, a la par que quedan subordinadas a lo que se resuelva en la sentencia o después de ella.

Esto último se evidencia en todas las cuestiones que puedan planearse posteriormente entre las personas con relación a los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio sentenciado, tales como los cambios de tenencia de los hijos menores; fijación o modificación de régimen de visitas; aumento, disminución o cesación de alimentos, etc.

Las medidas cautelares que resultarían generalmente procedentes, sin carácter limitativo en la enunciación, son las siguientes:

5.1 Medidas cautelares sobre las personas de los cónyuges.

A. Separación provisional de los cónyuges.

Concordantemente, los artículos 485 y 680 del Código Procesal Civil se refieren a la medida cautelar sobre separación provisional de los cónyuges. Ella podría consistir en la autorización para vivir separado del hogar conyugal, si al momento de promoverse el proceso, los cónyuges habitaban en el domicilio conyugal, o en la autorización de la separación del hogar conyugal, si al momento de promoverse el proceso los esposos estaban separados de hecho.

B. Atribución de la casa conyugal.

El segundo párrafo del artículo 677 del Código Procesal Civil dispone que, si durante la tramitación del proceso de separación de cuerpos o de divorcio por causal se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos. Entre las más relevantes medidas cautelares está la de atribuir la casa conyugal.

Verdadero problema se presenta cuando los esposos continúan habitando la casa conyugal y las alternativas del juicio o el estado de las relaciones personales hace necesaria la separación o bien cuando uno de ellos se haya retirado voluntariamente o porque se le impidió la entrada y pretende su reingreso y la exclusión de otro. En tal supuesto, el juez debe atribuir la casa conyugal disponiendo si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal o ser reintegrado a él.

Los criterios para la atribución de la casa conyugal dependen de diversas circunstancias. Fundamentalmente, debe atribuírsele al cónyuge a cuyo cargo queden los hijos mejores, en defensa de los intereses de éstos y para conferir protección al núcleo familiar subsistente. Pero también, puede tenerse en consideración, la imposibilidad o mayor dificultad que sufre uno de ellos para procurarse vivienda separada, la necesidad de permanecer en el hogar debido

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

a enfermedad o disminución física de uno de los cónyuges o porque allí desarrolla sus actividades profesionales, la eventualidad de estar instalada en el bien propio de uno de los esposos o en el social adquirido con el producto de su trabajo personal. A falta de otra pauta aplicable, debe preferirse a la mujer teniendo en cuenta la mayor facilidad que para el hombre existe de solucionar el problema de la vivienda consiguiendo nuevo alojamiento.

Si la vivienda fuese alquilada, le juez puede imponer al cónyuge que se retira, la continuación del pago de la renta, si es el único que trabaja, o que asuma una parte proporcional de pago, si ambos perciben ingresos. Ello bajo el título de asignación anticipada de alimentos, por comprender éstos lo indispensable para la habilitación. La atribución de la casa conyugal queda, por lo demás, implícita entre las llamadas medidas cautelares genéricas que prevé al artículo 629 del Código Procesal Civil.

C. Alimentos.

El artículo 485 de Código Procesal Civil establece que corresponde al juez disponer la fijación de los alimentos que deban prestarse al cónyuge que correspondiera recibirlos. Para su fijación, se considerarán las tareas hasta ese momento desarrolladas por uno y otro cónyuge y los aportes de dinero y en labores domésticas que cada uno ha venido realizando, para mantener el mismo nivel de aportes mientras se sustancia el proceso. Asimismo, deberán tomarse en cuenta las previsiones dispuestas en el artículo 350 del Código Civil, si fuere el caso.

5.2 Medidas cautelares sobre los bienes de los cónyuges.

A. Inventario.

Como una medida de conservación de los bienes del matrimonio, procede la realización de un inventario, esencialmente útil para determinar la composición de los gananciales. Cuando se ha de comprender a una empresa, el inventario puede ser complementado o sustituido por la designación de un contador (perito contable) que practique un balance. En cambio, no procede la valorización de los bienes, porque no cumpliría finalidad alguna con medida cautelar.

B. Embargo.

Como otra medida de conservación de los bienes del matrimonio procede el embargo, especialmente práctico para evitar enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes del matrimonio. Por consiguiente, pueden embargarse todos los bienes propios del accionante en poder del demandado y el 50% de los bienes sociales, si fuere el caso. Esto último, en razón de la previsión del artículo 646 del Código Procesal Civil y porque, como se considera fenecida la sociedad de gananciales entre los cónyuges desde la notificación de la

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

demanda, ha surgido un estado de indivisión postcomunitaria al que se aplican las reglas de copropiedad.

El embargo procedería en forma de depósito y secuestro, de inscripción, de retención, de intervención en información, etc.

C. Prohibición de innovar.

La prohibición de innovar -medida destinada a impedir que durante el proceso se altere la situación de hecho de los bienes en el litigio para evitar que la sentencia se haga inocua o de cumplimiento imposible- también es admisible como una medida de conservación de los bienes del matrimonio. Puede ser útil para evitar actos materiales que pudieran disminuir el patrimonio, como la demolición de construcciones. También cabe la prohibición de contratar, para impedir la celebración de actos jurídicos relativos a los bienes sociales que afecten o dificulten la concreción de los derechos del otro cónyuge en la división de la sociedad conyugal. Puede tener por objeto, por ejemplo, impedir al demandado que alquile un inmueble social.

D. Remoción de la administración.

De conformidad con el artículo 680 del Código Procesal Civil y las normas del Código Civil, procede la directa administración de los bienes del matrimonio cuando uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro; y, cuando uno de los cónyuges faculta al otro para que asuma exclusivamente la administración respecto de todos o de algunos de los bienes sociales.

5.3 Medidas cautelares sobre los hijos.

A. Tenencia de los hijos.

Dispone el artículo 485 del Código Procesal Civil que, después de interpuesta la demanda, es procedente la medida cautelar de tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor provisional.

Como criterio fundamental para fijar la tenencia debe seguirse el de mantener el statu quo existente al tiempo de la promoción de la demanda, especialmente si de hecho uno de los cónyuges viene ejerciendo la tenencia por un tiempo prolongado, y salvo que esa situación haya sido creada por el engaño o la violencia de uno de los esposos. En todo caso, corresponde aplicar subsidiariamente la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 340 del Código Civil: 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.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

No obstante la previsión de la norma procesal, cuando los hijos menores son varios, es conveniente ponerlos a todos bajo la tenencia de la misma persona, a fin de mantener la unidad de educación.

Sólo por razones excepcionales cabe entregarlos a un tercero, dejando de lado a los padres; en tal caso debe nombrarse un tutor o curador provisionales.

En general, la atribución de la tenencia debe otorgarse de acuerdo con la conveniencia y el interés de los menores.

B. Régimen de visitas.

El otorgamiento de la tenencia de hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro -ni a ambos, en el segundo caso- del derecho a mantener relaciones personales con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el derecho de visita, sin perjuicio de otros aspectos, como el intercambio de correspondencia, la vigilancia de la educación, etc. Sólo por causas muy graves que supongan poner en peligro la seguridad, la salud física o moral de los menores puede privarse de él a los padres.

En principio, las visitas deben realizarse en el hogar del cónyuge en cuyo favor se establecen o en lugar que él indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro esposo, pues ello supondría someterlo a violencias inadmisibles y quitar a las visitas el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos.

El régimen de visitas puede ser suspendido a título de sanción contra el padre que no da cumplimiento deliberado a su obligación alimentaria, pues se trata de un deber patrimonial, sin cuyo cumplimiento no puede pretender los derechos correlativos ni alegar un cariño, cuya inexistencia se demuestra acabadamente.

6. Los medios probatorios.

Dada la peculiar naturaleza de los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal, la prueba fundamental a producirse es la que el cónyuge ha incurrido en alguna de las causales legales. La prueba de hechos concretos encuadrados en la enumeración legal no resulta enervada por la del concepto de que el imputado goza en las relaciones sociales o en el desempeño de su trabajo o de cargos públicos, pues es común que en la vida de relación, tanto el hombre como la mujer actúen en forma distinta de la que caracteriza su desempeño en la actividad del hogar.

En principio, todo medio de prueba es admisible de acuerdo con el artículo 191 del Código Procesal Civil. Como los hechos que dan lugar a la separación de cuerpos o al divorcio ocurren en la intimidad del hogar, la prueba es dificultosa. Por ello, el criterio con que se aprecia la prueba producida debe ser amplio, y ella debe ser considerada en conjunto, a fin de tratar de obtener una idea

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

exacta de la situación real del matrimonio y determinar, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad de cada cónyuge en el fracaso del matrimonio. Las especiales circunstancias sobre la educación, la costumbre y conducta de los cónyuges deben ser, pues, consideradas por el juez.

Las ordinarias y principales pruebas que pueden ser ofrecidas por las partes, son las siguientes:

6.1 Declaración de parte.

La declaración de parte se referirá a hechos del que la presta. Tratándose de los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal, la declaración de parte debe ser personal, no debiendo ser admisible la declaración del apoderado, por no permitir una apreciación directa de la educación, costumbres y conducta de los cónyuges, perdiendo, así, su finalidad.

Si se ha alegado más de una causal, el juez puede dividir la declaración de parte al momento de su valorización, por comprender hechos diversos e independientes entre sí.

La declaración espontánea puede ser tenida en cuenta si está corroborada por otras pruebas o si es evidente la ausencia de connivencia entre los cónyuges para provocar, por ejemplo el divorcio, como cuando se admite una imputación, pero se procura atenuar sus efectos con otros hechos.

6.2 Declaración de testigos.

En materia de separación de cuerpos o de divorcio por causal, asumen particular relevancia las declaraciones de testigos, por cuanto se trata de probar hechos ocurridos en la intimidad del hogar.

Pueden declarar en estos procesos los parientes de los cónyuges, estando exceptuados de la prohibición legal en asuntos de derecho de familia, por ser quienes conocen mejor, o los únicos que conocen los hechos que llevan a la separación de cuerpos o al divorcio. Por ello, no pueden ser considerados testigos objetables en tanto sus declaraciones revelen objetividad y no sean parciales.

Corresponde al juez analizar sus dichos para descalificarlos, si de los mismos resultara que tienden a favorecer a una de las partes; pudiendo dividir la declaración, cuando comprende hechos diversos e independientes entre sí de acuerdo a las causales imputadas.

6.3 Documentos.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

Son admisibles en estos procesos toda clase de documentos, como los escritos, públicos o privados, los impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

Pueden ser ofrecidos como pruebas, copias certificadas de expedientes administrativos o judiciales, si están en trámite, o el propio expediente, si es fenecido.

Las constancias o certificados levantados por la policía como consecuencia de denuncias hechas por los cónyuges también pueden ser tenidas en cuenta, con la limitación de que por tratarse de manifestaciones unilaterales, sólo podrían valer en contra, pero no en favor de quien las hace; especial valor asume si de ellas resulta la exclusión de la causal de separación de cuerpos o de divorcio.

Los documentos públicos y privados en general pueden ser propuestos como prueba. Cuando no son documentos públicos, cabe el reconocimiento, sea en su firma o bien en su contenido si no están firmados, lo mismo que la autenticación por otros medios probatorios, como el cotejo.

Con relación a la correspondencia privada, pueden presentarse las dirigidas entre los esposos, las enviadas por uno de ellos a un tercero y las de un tercero a uno de los cónyuges, pero no valdrán como pruebas las dirigidas por el cónyuge que las invoca a un tercero, pues ello implicaría hacer mérito de una prueba creada por el mismo interesado.

Respecto a si existe entre los esposos el derecho de interceptarse la correspondencia, a fin de obtener y presentar como prueba las cartas dirigidas por un tercero al otro cónyuge, debe seguirse el criterio de su admisión como prueba en el proceso, si quien las presente las obtuvo por medios lícitos y no mediante la violación de la correspondencia, que es un delito, pero con la atenuación de que no es quien las presenta el que debe probar que las obtuvo lícitamente, sino el otro cónyuge el que debe demostrar que fueron logradas por medios ilícitos, ya que no necesariamente la posesión de las cartas implica haber violado la correspondencia del destinatario, pues también pueden haber sido abandonadas o extraviadas por éste.

También pueden presentarse anónimos, notas, diarios íntimos, etc., los que pueden constituir un principio de prueba escrita si el escrito emana del cónyuge a quien se opone y el hecho alegado sea verosímil.

Las fotografías y videos son documentos no escritos que también pueden servir como prueba y ser sometidos al reconocimiento de la parte contra la cual se presentan. Pero su valor probatorio debe ser analizado teniendo en cuenta la posibilidad de la presentación de fotografías y videos fraguados por uno de los cónyuges para intentar perjudicar al otro.

Para la prueba de grabaciones (fonográficas) deben regir similares principios que para la correspondencia privada: no viola secretos el esposo que registra las conversaciones telefónicas de su cónyuge para obtener la prueba de su inconducta, si tiene razonables sospechas acerca de ello. Procede el reconocimiento del interesado de que la voz grabada es la propia y de que la conversación se ha sostenido con un interlocutor determinado o determinable.

6.4 Pericia.

La prueba pericial de cualquier especie es admisible, resultando necesaria cuando un documento escrito o no, atribuido a uno de los cónyuges, no fue reconocido espontáneamente. Será procedente, por ejemplo, la pericia grafotécnica para demostrar la autenticidad de documentos escritos, la identificación pericial de la voz basada en la registro mecánico de las curvas de vibración, amplitud e intensidad de ondas, etc.

Tratándose de pericias médicas o psiquiátricas sobre la persona de uno de los cónyuges no será procedente la inspectio corporis compulsiva, pero la negativa a someterse al examen puede constituir un elemento de apreciación al dictarse la sentencia, según las circunstancias y los demás elementos de juicio acumulados.

6.5 Inspección judicial.

Resulta importante la inspección judicial para determinar las condiciones de vida de los cónyuges y el ambiente familiar, para la atribución definitiva de la tenencia de los hijos menores.

6.6 Sucedáneos de los medios probatorios.

Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

En los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal son relevantes el indicio, la presunción judicial y la conducta procesal de las partes. Así, por ejemplo, si se alega la causal de toxicomanía y no se ha podido actuar la pericia toxicológica, a fin de acreditar la drogadicción por la negativa de someterse a la prueba, pero existen además reiteradas constancias e investigaciones policiales y uniformes declaraciones de testigos referidas a escándalos realizados en la vía pública bajo el influjo de sustancias estupefacientes o de internamiento por haber sido encontrado consumiendo o comprando droga en compañía de micro comercializadores conocidos por la policía; estas circunstancias en conjunto adquieren significación de certeza por cuanto clínicamente la drogodependencia constituye en sí mismo personalidades anormales patológicas que, aunque no se califiquen de

<http://dike.pucp.edu.pe><http://www.pucp.edu.pe>

psicopáticas, provocan desviaciones de conducta y peligrosidad socio-ambiental, proclividad al delito y culminan en formas de demencia. La toxicomanía, por otro lado, provoca trastornos permanentes, debido a la subordinación física y síquica que experimenta la persona al uso periódico de droga, que impiden la vida en común o la del cónyuge drogadicto con los hijos. Tales circunstancias son, pues, indicios que conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia; además, la conducta procesal de la parte que se negó a someterse a la prueba, denota su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios.

Otro caso se presentaría cuando se invoca al causal de abandono injustificado del hogar conyugal. El juez puede presumir la injustificación del abandono si el cónyuge abandonante no acredita los motivos de su alejamiento y no hay indicios de provocación por parte del abandono, como cuando no se le permitió el ingreso, cambiando el sistema de la cerrajería. Ello en razón a que está implícito en nuestro ordenamiento civil que es injustificado todo incumplimiento de los deberes conyugales, como presunción relativa.

6.7 Actuación de pruebas de oficio.

El artículo 194 del Código Procesal Civil señala que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. Atendiendo al principio dispositivo y a la característica de los derechos comprendidos en los procesos de separación de cuerpos y de divorcio por causal, la actuación de pruebas de oficio no puede suponer una suplencia de la carga probatoria que corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, ni afectar la naturaleza de cada medio probatorio. En ese sentido, el juez puede disponer la actuación de pruebas periciales adicionales; el reconocimiento o cotejo de documentos privados escritos, simplemente ofrecidos o tachados; el reconocimiento de documentos no escritos simplemente ofrecidos; una inspección judicial. En cambio, no podrá disponer la declaración de parte ni la de testigos; por exigir, además, para su actuación la previa presentación de los respectivos pliegos que deben ser entregados por las partes. Téngase presente que la norma procesal destaca que la insuficiencia está referida al valor probatorio de cada medio -"para formar convicción"- y no importa carencia o falta de medios probatorios que debieron ser ofrecidos oportunamente por las partes para acreditar la causal invocada.

7. La conclusión del proceso.

De acuerdo con el Código Procesal Civil, la conclusión del proceso puede ser sin declaración sobre el fondo (artículo 321) y con declaración sobre el fondo (artículo 322). El juez declarará concluido el proceso si durante su tramitación se produce cualquiera de los casos previstos en el artículo 321 y los incisos 2, 4 y 5 del artículo 322.

7.1 Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo.

En los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal, tienen particular relevancia las causales previstas en los incisos 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 321 del Código Procesal Civil.

A. Sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional.

Ella se produciría ante la eventualidad del fallecimiento de una de las partes durante la tramitación. Si uno de los cónyuges fallece durante el proceso, no operará la sucesión procesal y se habrá producido una sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional al desaparecer uno de los presupuestos de la separación de cuerpos o de divorcios por causal: ello es, la subsistencia del vínculo matrimonial.

B. Disposición legal que declare al conflicto de intereses como un caso no justiciable.

Ella se presenta con la reconciliación de los cónyuges, producida durante la tramitación. Si prospera una reconciliación entre los cónyuges durante el juicio, el artículo 346 del Código Civil dispone el corte del proceso, esto es, la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, al evidenciarse la restitución del estado normal del matrimonio y, por tanto, la no intención de obtener el decaimiento o la disolución del vínculo.

C. Declaración de abandono del proceso.

Como estos procesos no se impulsan de oficio, la inactividad procesal de las partes producirá que se declare el abandono del proceso, poniéndole fin sin afectar la pretensión. Debe entenderse que, la previsión del artículo 351 del Código Procesal Civil sobre los efectos del abandono del proceso (restricciones al derecho de accionar, restitución de las cosas al estado anterior a la demanda, extinción de derecho pretendido), está referida a la pretensión que se sustentó en hechos pasados, tratados en el proceso abandonado, mas no a la pretensión que, sobre hechos nuevos, puede motivar el inicio de un nuevo proceso.

D. Caducidad del derecho pretendido.

Se presentaría cuando se verifiquen algunos de los supuestos de caducidad previstos en el artículo 339 del Código Civil, aplicable tanto a la separación de cuerpos como al divorcio. Tal caducidad vincula al derecho pretendido, sustentado sobre hechos producidos en ese plazo, y no a aquellos hechos posteriores que podrían fundar una nueva demanda.

E. Desistimiento del proceso y de la pretensión.

El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión, aún cuando puede tener por resultado la caducidad del derecho pretendido. Respecto del desistimiento de la pretensión, éste resulta procedente al no suponer una disposición del derecho pretendido. Así si el cónyuge ofendido perdona al ofensor durante el proceso, ese hecho supone la reanudación del estado conyugal y, por tanto, la no continuación del proceso. Tal perdón comprende los hechos en que se sustenta la pretensión y ello no impide que, sobre la base de hechos nuevos, se pueda intentar una nueva demanda. No hay disponibilidad del derecho al evidenciarse el mantenimiento del estado de casados.

7.2 Conclusión del proceso con declaración sobre el fondo.

A. Declaración definitiva de fundada o infundada la demanda.

El objeto de la prueba en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal está constituida por los hechos alegados como fundamentos de la demanda, y en su caso, de la reconvencción.

Por tanto, debe probarse que el cónyuge ha incurrido en alguna de las causales legales para declarar, en su caso, fundada o infundada la demanda.

Sin embargo, pueden presentarse los siguientes casos:

A.1 Calificación de la causal.

Es posible que, en la demanda, el actor haya calificado indebidamente, desde el punto de vista jurídico, la causal que invoca; así, califica de adulterio lo que, a través de la descripción de los hechos, no es sino una injuria grave. Si la prueba corrobora los hechos descritos en la demanda, el juez hará lugar a ésta, calificando adecuadamente la causal que apareció descrita en ella, aunque indebidamente denominada, en virtud del principio *iura novit curia* recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Lo expuesto, también es pertinente para la reconvencción.

A.2 Hechos nuevos y causales nuevas.

Los hechos nuevos son los ocurridos después de promovida la demanda o la reconvencción y que pueden constituir causales de divorcio o de separación de cuerpos. El Código Procesal Civil, en su artículo 429, indica que, después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

En los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal debe admitirse la alegación de nuevos hechos, aún cuando configuren causales

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

distintas de las invocadas al promover la acción, sobre la base de considerar que los deberes matrimoniales subsisten en su integridad hasta que se dicte la sentencia que declare fundada la demanda, de manera que sus violaciones durante la sustentación del proceso también deben ser tenidas en cuenta al sentenciar.

A.3 Hechos no alegados en la demanda pero que surgen de la prueba.

Corresponde aplicar en los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal, los principios que rigen las litis contestatio en el proceso civil. En tal virtud, no es posible dictar sentencia que declare el decaimiento o disolución del vínculo matrimonial sobre la base de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en la demanda y reconvención ni invocados como hechos nuevos. Ello en razón a que la producción de la prueba sobre un hecho sin dar ocasión a la contraparte de presentar a su vez la prueba de descargo -la cual, en muchos casos, puede destruir a aquélla- no sólo viola los deberes procesales de lealtad, probidad y buena fe, hoy consagrado legalmente, sino que elimina la igualdad de los litigantes y la garantía constitucional de la defensa en juicio, pues si el hecho no es invocado oportunamente, el acusado no puede prever la necesidad de ofrecer la contraprueba.

B. Conciliación.

Las partes pueden conciliar su conflicto de interés en cualquier estado del proceso, siempre que trate sobre derechos disponibles y el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio. En tal sentido y toda vez que el estado de familia es indisponible, en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal es improcedente una conciliación si su contenido representa la consecución de la finalidad del proceso sin la necesaria sentencia judicial. Ello se comprueba, en la realidad del Distrito Judicial de Lima, cuando el juzgador propone a los cónyuges conciliar, convirtiendo la pretensión de divorcio por causal en una de separación convencional, definiendo en ese momento el contenido del convenio respectivo; amparándose equívocamente en el deber de considerar el interés superior del niño, como si fuera un principio que puede primar sobre el derecho al debido proceso. No sólo esta fórmula conciliatoria es improcedente por tratarse de derechos indisponibles, sino y sobretodo lo es por afectarse el debido proceso al "sumarisar" un proceso que es de conocimiento y desconocer que la pretensión de divorcio por causal involucra a ésta, por lo que la conversión sólo puede ser en una separación de cuerpos por causal.

En cambio, no es objetable si los cónyuges en procesos de divorcio, sin llegar a reconciliación, acuerdan un lapso de espera para intentar el avenimiento.

Sin embargo, la conciliación si puede ser procedente para reglamentar el ejercicio de algunos derechos emergentes del estado de familia sin lesionar su esencia, como lo referido a la tenencia de los hijos, el régimen de visitas, el

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

monto de la pensión alimenticia para hijos y a favor de los cónyuges, la atribución de la casa conyugal, etc., sin perjuicio de la facultad del juez de observar u objetar el acuerdo por atender al interés familiar.

C. Allanamiento y reconocimiento.

El demandado puede expresamente allanarse al petitorio o reconocer la demanda si el conflicto de intereses comprende derechos disponibles. En tal virtud, es improcedente la aceptación de la pretensión (el allanamiento) y la admisión de la veracidad de los hechos expuestos en la demanda (el reconocimiento) sobre la causal invocada de separación de cuerpos o de divorcio, por ser indisponible el estado de familia. En cambio, es procedente el allanamiento o el reconocimiento sobre las pretensiones relativas a los derechos y obligaciones de los cónyuges o de éstos para con los hijos. En estos casos, debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 333 del Código Procesal Civil.

D. Transacción judicial.

Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción. En tal sentido, es improcedente la transacción sobre el estado de familia o sobre los derechos extrapatrimoniales que de él emanan. Por ello, será nula la transacción que pretenda hacer lugar a la separación de cuerpos o al divorcio. En cambio, será válida la transacción sobre derechos patrimoniales emergentes del estado de familia, como, por ejemplo, la fijación del monto de la pensión alimenticia para uno de los cónyuges y los hijos.

E. Renuncia.

En principio, las acciones de estado de familia son irrenunciables, puesto que lo es el estado en sí mismo. Sin embargo, es posible renunciar al derecho de accionar por la separación de cuerpos o divorcio cuando ya se han producido los hechos que facultan a ejercerla, pues nada obsta para que el cónyuge ofendido perdone al ofensor. En cambio, no es admisible renunciar a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, ponen fin al proceso, salvo, como se indicó, el perdón del cónyuge ofendido.

8. Los medios impugnatorios.

Contra la sentencia que pone fin a la instancia cabe recurso de apelación y contra la expedida por la Corte Superior sólo procede el pedido de aclaración o corrección, en su caso.

Respecto de la apelación, la Corte Superior sólo podrá integrar la sentencia de primera instancia en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa (artículo 370 del Código Procesal Civil). Ello resulta aplicable para las pretensiones autónomas acumuladas al proceso de

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

separación de cuerpos o de divorcio por causal y sobre las cuales la ley exige el pronunciamiento judicial. En consecuencia, sin de la parte considerativa no aparezca la fundamentación, no procede la integración y deberá declararse nula sentencia de primera instancia al no haberse resuelto todos los puntos controvertidos.

Con relación a la consulta, cabe distinguir su procedencia o no en el supuesto de separación de cuerpos y en caso de divorcio por causal. Respecto de la separación de cuerpos por causal, no procede la consulta de la sentencia de primera instancia no apelada, por cuanto, el Código Procesal Civil ha derogado expresamente el Decreto Legislativo 310, norma que disponía la consulta para ese caso y no existe otro dispositivo legal que la contemple. En cambio, la sentencia de divorcio por causal no apelada debe ser consultada, por así establecerlo el artículo 359 del Código Civil, norma no derogada. Ello concuerda con el artículo 408, inciso 4, del Código Procesal Civil: procede la consulta en los casos señalados en la ley.

Al respecto, la consulta tiene por objeto verificar respecto de la pretensión principal la existencia o no de errores in procedendo, esto es vicios de procedimiento, o errores in iudicando, esto es apreciaciones equívocas al momento de calificar la causal. En tal sentido, las pretensiones accesorias resueltas en primera instancia, sujetan sus efectos a lo que resuelva la consulta de la pretensión principal; no afectando ello, a las pretensiones autónomas acumuladas al proceso, cuyas decisiones seguirán vigentes si la consulta desaprueba la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por causal.

Contra la sentencia expedida por la Corte Superior procede, además del pedido de aclaración o corrección, en su caso, el recurso de casación por las causales a que se refiere el artículo 386 del Código Procesal Civil. Como se sabe, este recurso sólo tiene por finalidad la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo.