



— Universidad —  
**Inca Garcilaso de la Vega**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**

ANÁLISIS DEL EXP. N° 08602-2017-0-0901-JR-FC-01  
DIVORCIO POR CAUSAL, ABANDONO INJUSTIFICADO  
DEL HOGAR CONYUGAL

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE**  
ABOGADO

**AUTOR**

CAMACHO GARCÍA JOJANA MEDELÍ

**ASESOR**

DRA. ARENAS ACOSTA JUANA FLOR

**LIMA, MAYO 2022**

## SUFICIENCIA CAMACHO GARCÍA JOJANA MEDELÍ

### INFORME DE ORIGINALIDAD

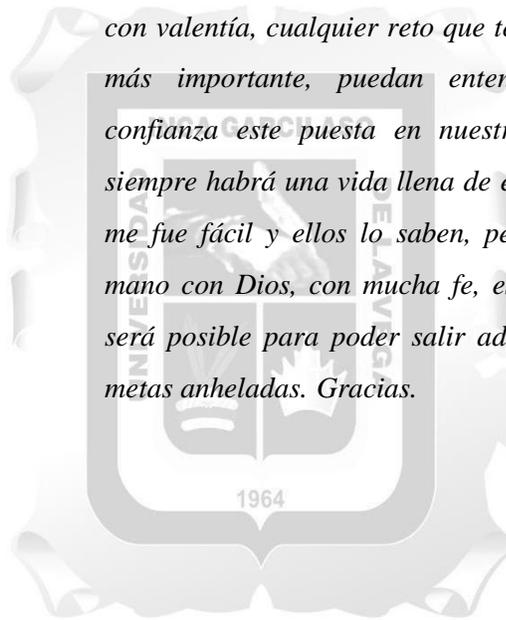
<b>23%</b>	<b>22%</b>	<b>1%</b>	<b>9%</b>
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

### FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>repositorio.uladech.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>3%</b>
<b>2</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>3</b>	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>4</b>	<b>busquedas.elperuano.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>fr.scribd.com</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>6</b>	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>7</b>	<b>doku.pub</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>8</b>	<b>repositorio.uigv.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>9</b>	<b>Submitted to Universidad Tecnologica del Peru</b>	<b>1%</b>

## ***DEDICATORIA***

*Mediante este Trabajo alcanzaré graduarme como abogada, por tanto, lo dedico a mis padres Ernesto y María, que si bien cierto ya no me acompañan desde hace muchos años, estoy segura que si estuvieran se sentirían muy orgullosos de mí, asimismo lo dedico a mis queridos hijos Yohana, Isaac y Gabriela, Vallejos Camacho, por el apoyo moral y absoluto que he obtenido de su parte, además de que ellos son mi fuente de inspiración y de superación profesional, y así ellos también puedan seguir con valentía, cualquier reto que tengan en su camino y lo más importante, puedan entender que mientras la confianza este puesta en nuestro Dios Todopoderoso, siempre habrá una vida llena de esperanza. El camino no me fue fácil y ellos lo saben, pero si caminamos de la mano con Dios, con mucha fe, esmero y sacrificio, todo será posible para poder salir adelante, hasta lograr las metas anheladas. Gracias.*



## **AGRADECIMIENTO**

Agradecida con Dios por la vida y la fuerza que me da cada día para continuar con este reto; También quiero agradecer a todas aquellas personas que formaron parte e hicieron posible llevar adelante este trabajo para alcanzar el título profesional, nada es fácil en la vida, pero con la ayuda de DIOS y el aporte y apoyo de todos ustedes, ha sido posible sacarlo adelante y poder terminarlo con éxito.

Muchas gracias.



ÍNDICE	
RESUMEN.....	v
INTRODUCCIÓN .....	vi
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>7</b>
MARCO TEÓRICO.....	7
<b>1.1 Antecedentes Legislativos .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Marco legal .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2.1 Normas sustantivas.....</b>	<b>11</b>
<b>1.2.2 Normas adjetivas .....</b>	<b>13</b>
<b>1.3 Análisis doctrinario de figuras jurídicas presentes en el expediente y afines nacional y/o extranjero.....</b>	<b>14</b>
<b>1.3.1 El matrimonio .....</b>	<b>14</b>
<b>1.3.2 El divorcio .....</b>	<b>16</b>
<b>1.3.3 De la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.</b>	<b>18</b>
<b>1.3.4 El divorcio en el derecho comparado .....</b>	<b>20</b>
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>23</b>
CASO PRÁCTICO .....	23
<b>2.1 Planteamiento Del Caso.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 Síntesis Del Caso .....</b>	<b>24</b>
<b>2.3 Análisis Y Opinión Crítica Del Caso .....</b>	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>31</b>
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....	31
<b>3.1 Jurisprudencia Nacional.....</b>	<b>31</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL CASO .....</b>	<b>33</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>33</b>
<b>Recomendaciones Del Caso .....</b>	<b>34</b>
Referencias.....	35
Anexos (Sentencias Contradictorias).....	37

## RESUMEN

Mediante el presente ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE N° 08602-2017-0-0901-JR-FC-01, analizaremos las normas legales, circunstancias, considerandos y conclusiones, que llevaron a cada una de las instancias judiciales, para sentenciar en la referida causa, siendo necesario precisar que el análisis del presente expediente, tiene también por finalidad el estudio del divorcio y la causal en comento, cuando se aplica, en qué momento se aplica y que requisitos legales y normativos se debe cumplir para poder invocar este tipo de causal, que elementos y circunstancias se debe de tener en cuenta para tener una sentencia favorable y cuál sería la situación de los hijos menores y los bienes sociales.

Siendo así, en el expediente en estudio el juzgado especializado de familia sentenció declarando infundada la demanda, y la sala superior en sentencia de vista y con el voto singular y en discordia de un magistrado, falló **revocando** la sentencia y reformándola la declara **fundada**.

**Palabras Claves:** Divorcio, Causal, Abandono Injustificado, Sociedad Conyugal, Instancias Judiciales, Sentencia, Sentencia De Vista.



## ABSTRACT

Through this ANALYSIS OF FILE N° 08602-2017-0-0901-JR-FC-01,

We will analyze the legal norms, circumstances, recitals and conclusions, which led to each of the judicial instances, to sentence in the aforementioned cause, being necessary to specify that the analysis of this file, also has the purpose of studying the divorce and the causal in I comment, when it is applied, at what moment it is applied and what legal and regulatory requirements must be met to be able to invoke this type of cause, what elements and circumstances must be taken into account to have a favorable sentence and what would be the situation of the minor children and social assets. Thus, in the file under study, the specialized family court ruled declaring the claim **unfounded**, and the higher court in a hearing judgment and with the singular and dissenting vote of a magistrate, ruled revoking the sentence and reforming it, declaring **it founded**.

**Keywords:** Divorce, Causal, Unjustified Abandonment, Conjugal Society, Judicial Instances, Sentence, Sentence of View.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de suficiencia profesional, analizaremos el divorcio en su causal de abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años, esto de acuerdo con lo establecido en el numeral 5, del artículo 333° y los artículos 348°, 349° del código civil, como es que se aplica en nuestro sistema jurídico y cuáles son los requisitos que son necesarios para invocar esta causal.

Así también, analizaremos el divorcio desde una perspectiva jurídica comparativa en las diferentes legislaciones internacionales y si dentro del sistema judicial, el divorcio resulta una solución a los problemas generados en el matrimonio.

Este tipo de proceso corresponde al proceso de Conocimiento, en la cual el juez aplica de acuerdo con la información que le brindan las partes, para luego resolver según lo establece la ley.



# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### 1.1 Antecedentes Legislativos:

A lo largo de los últimos años la familia ha sido una de las células básicas del desarrollo de la humanidad, es por ello que el hombre mediante la sociedad civilmente organizada ha venido tratando de protegerla y regularla. Es en ese sentido que desde épocas clásicas el matrimonio como institución de unión de un hombre con una mujer viene siendo regulada por las diversas sociedades y países a lo largo de la historia. Empero, las sociedades también se pusieron bajo la óptica de que aquellas uniones no se logren cimentar, razón por la que nace la institución del divorcio que en la antigüedad era aplicada, según como señala Hernández, S. (2020) de forma unilateral debido a la supremacía del paterfamilias en Roma.

Sin embargo, a lo largo del acontecer histórico y ya con la caída del imperio romano y/o a inicios de la edad media se dejó de aplicar de forma casi absoluta el divorcio, debido a que se contraponía con los estándares morales o éticos impuestos por la religión de aquella época. Posteriormente, con la llegada de la época clásica el divorcio ya había asumido un papel mucho más importante en el devenir de la sociedad, debido a que ya no únicamente era unilateral, puesto que también se brindaban facultades o facilidades a la mujer para utilizar esta institución a su favor.

Los primeros antecedentes que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico respecto al divorcio como la disolución del vínculo matrimonial, se encuentran en el año 1930, con los Decretos Ley 6889 del 04 de octubre y 6890 del 8 de octubre del mismo año, las referidas normas establecieron el matrimonio civil obligatorio para todos los habitantes del territorio peruano, introduciéndose el divorcio absoluto, con los efectos jurídicos de disolución del vínculo matrimonial no obstante, el término divorcio, tiene sus antecedentes en el Código Civil Peruano de 1852, que mediante sus artículos 191 y 192 se encargó de la definición de esta institución y de una minuciosa clasificación de las causales por las cuales se podría invocar esta institución, siendo un total de 13 supuestos estrictamente establecidos en la norma por las que en aquellas épocas el ciudadano peruano podía invocar el divorcio.

Asimismo, en el artículo 191 citado, si bien se utiliza nominalmente el término divorcio, el mismo, no extinguía el vínculo matrimonial, es decir en el Código Civil de 1852, regularon lo que posteriormente recogería nuestra legislación como la separación de cuerpos; en consecuencia, podemos afirmar que la primera regulación del divorcio establecido en el artículo 191 del Código Civil de 1852 marca una amplia distinción con las regulaciones posteriores, ello debido a que regula a lo que ahora entendemos como separación de cuerpos bajo la denominación errada del divorcio, toda vez que mediante dicha institución era imposible darle fin al vínculo matrimonial como tal, lo único que producía era una fáctica separación de los casados.

Lo expuesto tiene el fundamento, en que el Código Civil de 1852, el cual reglamento el matrimonio canónico como el único que tendría consecuencias jurídicas, por lo que al no admitirse en el derecho canónico el divorcio, se reguló lo que actualmente se conoce como separación de cuerpos con el término de divorcio, así el canon 1151, y siguientes establecían el deber de los cónyuges de mantener la vivencia conyugal, con las excepciones que se les pueda excusar por causal legítima por adulterio o cuando un cónyuge pone al otro o a la prole en grave peligro espiritual o corporal, que hacía difícil la vida en común.

Con posterioridad a lo regulado en aquellas épocas, ya por los años de 1897 se empezó a reconocer una modalidad de matrimonio alterna a la religiosa canónica, conocida en la actualidad como matrimonio civil; que en especial estaba direccionada para aquellas personas que no profesasen la religión católica y que bajo los parámetros de equidad e igualdad también pudieran contraer matrimonio, implicando ello un pleno reconocimiento por parte del Estado de todas las consecuencias jurídicas que hasta el momento devenían del matrimonio religioso; en suma, desde aquella época se quitó la hegemonía a los clérigos de poder casar a la ciudadanía y se atribuyó facultades a la administración pública para realizar este acto solemne, a favor de aquellos que no profesen la religión católica y la sociedad en general.

Mediante los Decretos Ley No. 6889 y 6890 del 4 y 8 de octubre de 1930, durante el gobierno del presidente Leguía, se establece el matrimonio civil obligatorio, introduciéndose además el divorcio absoluto en nuestra legislación,

siendo de esta manera que nuestro ordenamiento jurídico iba separándose de la influencia canónica para darle paso a una adaptación del contexto social, tal como lo señala Max Arias y Schreiber Pezet (1984), se trató de una decisión muy controvertida en las que las motivaciones religiosas se esgrimían con gran vehemencia.

El 22 de mayo de 1934, se promulgó la Ley No. 7894, mediante la referida norma, se incluye el mutuo disenso como una causal más del divorcio. Los legisladores a cargo del proyecto del Código Civil de 1936 se mostraron contrarios a la figura del divorcio, en virtud de ello, todos los miembros de la comisión se pronunciaron en contra del divorcio vincular, siendo que expresamente en la exposición de motivos se señala que:

*“Quienes contribuimos, aunque débilmente, pero con relativa eficacia, a atajar la facilidad y precipitación de los divorcios que la experiencia judicial pudo advertir en la época comprendida desde octubre de 1930 hasta agosto de 1936, esperamos confiados el restablecimiento de la indisolubilidad del matrimonio y fundamos esta esperanza en la reflexión de los legisladores y gobernantes, de jueces y maestros, iluminada por la confortadora doctrina de la moral”.*

No obstante, aun cuando la comisión se oponía al divorcio, por mandato de la Ley 8305, estableció que el proyecto del Código Civil de 1936 debía de mantener inalterables las normas sobre el matrimonio civil obligatorio y divorcio vincular, que se mantenía vigente por las leyes 7393 y 7894, así como todas aquellas normas de carácter civil dictadas por el congreso constituyente realizado en el año 1931, quedando redactado respecto al divorcio mediante el artículo 247 de la normativa antes mencionada, que a comparación de la norma precedente esta se encaraba de regular únicamente 10 causales para poder accionar la institución del divorcio, entre las cuales se encuentran supuestos que hasta la actualidad preexisten, tales como el adulterio, la conducta deshonrosa, la injuria grave, entre otras.

Asimismo, la normativa también establecía mediante su último artículo el supuesto del divorcio por mutuo disenso, ello quiere decir, que existía ya no únicamente la modalidad de divorcio por sanción, sino que también se encontraba

establecido los supuestos de divorcio por acuerdo entre los conyugues y aquellos que sancionaban conductas inadecuadas o reprochables por la sociedad de alguno de los dos conyugues, abriendo facultades al afectado o damnificado para que pueda interponer las acciones que la ley le permite.

Es por ello que podemos afirmar que el Código Civil de 1936 mantenía unos estándares totalmente antagónicos a su predecesor, toda vez que mediante esta normativa si se permitía el divorcio, entendido ya no como la separación fáctica de las personas, sino que también implicaba la disolución definitiva del vínculo conyugal; evidentemente, la normativa únicamente permitía la aplicación de esta institución cuando se encuentren bajo las causales expresa y taxativamente establecidas por ley.

El Decreto Supremo 95 del 1 de marzo de 1965, estableció la primera Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 siendo creada por iniciativa del entonces Ministro de Justicia Carlos Fernández Sessarego, siendo el Dr. Héctor Cornejo Chávez (1990), el autor del anteproyecto del Libro de Familia del Código Civil de 1984, quien no introdujo mayores modificaciones, por lo que “dejó constancia de su posición contraria al divorcio y anunció consecuente con ella que nada habría de proponer a su respecto a excepción de alguna que otra observación dirigida a eliminar incongruencias técnicas.”

Una de las peculiaridades del Código Civil de 1984 es el hecho de que se mantuvieron vigentes muchas de las causales que establecía su predecesor para la aplicación del divorcio; que posteriormente se incrementó mediante la entrada en vigencia de la Ley 27495 que de facto incremento la separación de hecho siempre que la relación conyugal haya tenido como mínimo una duración ininterrumpida de 2 años y/o 4 años si nos encontramos ante el caso de que la relación conyugal haya procreado hijos. Cabe mencionar que la aplicación de este supuesto no limita la de los demás, en consecuencia, por más de que no se encontraran bajo el supuesto de los 2 años que solicita la norma, el conyugue perjudicado podría solicitar el divorcio judicial por cualquiera de las causales previamente establecidas por el Código Civil.

La referida norma también modifica el artículo 319 del Código Civil de 1984, quedando redactado el fin de la sociedad de gananciales, también entendida como

separación de cuerpos. En ese sentido es que el artículo antes señalado reconoce que se producirá la disolución de la sociedad de gananciales siempre y cuando copulen los supuestos de la declaración de muerte presunta de alguno de los conyugues, notificación de la demanda de divorcio por causal, escritura pública del divorcio remedio, entre otras establecidas por ley.

## 1.2 Marco legal

### 1.2.1 Normas sustantivas

#### **Código Civil Peruano de 1984**

- ***“Artículo 348.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.”***

El presente artículo, manifiesta el carácter absoluto del divorcio, y encuentra su antecedente en el artículo 256 del Código Civil de 1936 que señalaba *“que el divorcio declarado disuelve el vínculo del matrimonio”*, con el cese del vínculo matrimonial, cesan también los deberes de fidelidad y asistencia recogidos en el artículo 288 del Código Civil, debiéndose entender como deber de fidelidad de que los cónyuges no tengan trato carnal con otras personas, esto es fuera del matrimonio, caso contrario se configuraría la causal de adulterio, y el deber de asistencia se refiere al deber de cada cónyuge de satisfacer las necesidades del otro, mediante la asistencia económica y moral de uno con el otro; asimismo cesa el deber de cohabitación señalado en el artículo 289 del Código Civil, debiéndose entender este, como la obligación de los cónyuges en hacer vida en común, la unidad de la pareja en vivir en el domicilio conyugal es decir en el mismo destino, en ese sentido, la falta al deber de cohabitación, configura la causal de divorcio que analizamos en el presente informe, referido a *“El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo”* tipificado en el numeral 5 del artículo 333 del Código Civil. Por último, debemos referir, que el divorcio extingue el régimen patrimonial del matrimonio, ya sea el de sociedad de gananciales o separación de bienes y el deber de prestar alimentos entre los cónyuges según lo estipula el artículo 350 del Código Civil y los derechos hereditarios entre sí.

- **Artículo 349.- Causales de divorcio**

*“Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12”.*

Como puede observarse, las causales del divorcio son las mismas que la norma sustantiva estipula para la de separación de cuerpos, optando el legislador en el presente caso a señalar las causales de la separación de cuerpos, para posteriormente remitir el divorcio a las mismas causales, de forma contraria a lo legislado en el Código Civil de 1936, que instituyó inicialmente las causales de divorcio y remitir las de separación de cuerpos a estas. Con las causales señaladas en la norma, dependerá del cónyuge inocente u ofendido, que este decida optar por una u otra alternativa, dependiendo del juez el conceder lo solicitado por el cónyuge inocente u ofendido, ya sea que solicite el divorcio o la separación.

En consecuencia, podemos afirmar el hecho de que por técnica legislativa, los legisladores de aquel entonces decidieron establecer las mismas causales tanto para el divorcio como para la separación de cuerpos, sin perjuicio de que dichas causales conllevan consecuencias totalmente diferentes, debido a que la separación de cuerpos y el divorcio como instituciones son totalmente independientes, en la medida de que una representa únicamente la disolución del vínculo ganancial, mientras que el otro representa la disolución plena de todo el matrimonio.

Es en ese sentido que afirmamos el hecho de que únicamente por técnica legislativa se establecieron estas dos causales como tal, en la medida de que representan hechos totalmente diferentes. Sin perjuicio de que el magistrado en cada caso concreto se encuentra facultado para poder re direccionar la causal hacia una de separación de cuerpos en atención a la naturaleza de los hechos o su libre discrecionalidad, debidamente fundamentada. Estas medidas son aplicables siempre que medien de ellas una debida motivación por parte del magistrado; siendo indispensable en estos casos que los magistrados analicen esta figura de forma crítica, aplicando el test de razonabilidad de la medida e idoneidad de la figura aplicable para la solución de la controversia concreta.

Cornejo Chávez (1990) diferencia dos grupos de causales para la separación de cuerpos y el divorcio, siendo los siguientes:

- Causales específicas, son las consideradas en los numerales 1 al 12 del artículo 333 y,
- La causal genérica o indeterminada, considerada en el numeral 13 del artículo 333, a decir de Arias Schreiber, llamada así, en virtud a que la separación convencional siempre encierra motivos que los cónyuges no quieren especificar.

### **1.2.2 Normas adjetivas**

#### **Código Procesal Civil de 1993.**

La norma adjetiva de 1993 se encarga de la regulación de los aspectos procedimentales para la ejecución de las medidas establecidas en el Código Civil, es por ello que mediante sus diferentes articulados. Como muestra podemos identificar al artículo 9 del Código Procesal Civil que se encarga de definir los aspectos formales de la competencia para poder accionar de forma eficaz en cualquier proceso civil.

De la misma forma, el artículo 480 del citado cuerpo normativo es mediante este artículo que se le adjudica la vía procedimental de conocimiento, toda vez que requiere una amplia carga probatoria y un exhaustivo y minucioso conocimiento por parte del magistrado; reconociéndose el hecho de que la interposición o el inicio de este tipo de procedimiento siempre se desarrollara bajo pedido de parte, más nunca de oficio.

De la misma forma, la normativa brinda facultades al magistrado para que evalúe las coincidencias del caso concreto y en la medida de lo posible pueda citar a una audiencia complementaria con la finalidad de oír a los menores involucrados en la disolución del matrimonio.

No obstante, a todo lo señalado con anterioridad, bajo este artículo es donde se adjudica de forma expresa al magistrado la cualidad de conciliador y de aplicar un tratamiento objetivo y razonable a la solución de la controversia; tomando en cuenta las conductas

procesales de los involucrados respecto a aquel que frustre de forma maliciosa el acto conciliatorio.

Los artículos señalados refieren estrictamente a la competencia y vía procedimental que deberá resolverse el proceso de divorcio, debiendo entenderse por competencia a la aptitud que tiene el juez, para poder ejercer su jurisdicción, siendo la competencia por la materia, el área del derecho sobre el que le es atribuido al juez pronunciarse o reconocer un derecho, es decir el área en que el juez deberá resolver la controversia con relevancia jurídica.

De los artículos citados, se puede apreciar que la norma adjetiva, señala que se ventilará los procesos de divorcio en la vía procedimental de **Conocimiento** y ante el juez civil según lo señala el artículo 475 del Código Procesal Civil.

### **1.3 Análisis doctrinario de figuras jurídicas presentes en el expediente y afines nacional y/o extranjero**

#### **1.3.1 El matrimonio**

No se podría establecer el concepto de divorcio, sin que previamente tengamos clara la noción del matrimonio, en ese sentido el artículo 234 del Código Civil de 1984 establece como concepto de matrimonio el siguiente:

*“Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.”*

El concepto del matrimonio establecido en la norma sustantiva, se basa en que esta institución es la más importante fuente de la familia, originando una sociedad conyugal que genera derechos y crea deberes entre los cónyuges y estos con sus hijos.

La norma establece los siguientes elementos para el matrimonio:

Primerio, la norma señala que el matrimonio es aquella unión voluntaria entre los sujetos participantes, que en esencia tienen que ser un varón y una mujer; resaltando el

hecho de la voluntariedad, que no es otra cosa más que la copulación de los elementos de discernimiento, intención y libertad, el primero entendido como la cualidad de distinguir entre lo bueno y lo malo, el segundo como el querer realizar dicha actividad (matrimonio) y el tercero, bajo la perspectiva de la teoría autónoma privada, que es el querer exteriorizar dicha intención sin ninguna fuerza externa que se imponga ante su criterio personal.

Segundo, como se señaló con anterioridad, el elemento sumamente controvertido en nuestra época es que sea únicamente reconocido aquel matrimonio que se desarrolle entre un hombre y una mujer; elemento plenamente reconocido por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia.

Tercero, es la aptitud legal que impone la norma para que dicho varón y mujer puedan casarse, toda vez que no está permitido que cualquier hombre y mujer contraigan nupcias; encontrándose prohibidos expresamente por ley aquellos menores de edad, o aquellos que no cuenten con el discernimiento necesario para actuar como tal.

Por último, no nos encontramos ante un acto *ad provationem* si no nos encontramos ante un acto *ad solemnitatem* toda vez que el matrimonio requiere el cumplimiento de determinadas formalidades tales como que sea realizado en presencia y por una autoridad competente, entre otras. Asimismo, se puede mencionar que aquí resultan aplicables las reglas contenidas del artículo 248 al 268 del Código Civil, en ese sentido, si bien es cierto que la norma les brinda a las partes la estrecha libertad de poder decidir sobre si realizan o no el acto de matrimonio, también es cierto que ellos no pueden regular el contenido del acto, en la medida de que únicamente pueden acogerse a aquellas imposiciones que la norma establece; encontrándose plenamente reguladas sus obligaciones y derechos; la autonomía privada en el matrimonio es restringida a la celebración del acto mas no a la determinación de su contenido el cual ya viene predeterminado por ley.

Sin perjuicio de lo antes señalado, también debemos precisar el hecho de que una de las obligaciones del matrimonio que en buena cuenta puede ser entendida como una de las características, requisitos o elementos del matrimonio es que los conyugues hagan vida en común

### 1.3.2 El divorcio

La etimología proviene de los vocablos *divortium* y *verto* en la medida de que representan la separación, direcciones diferentes, y el dar vuelta a un asunto; que bien pueden conectarse mediante el verbo latín *divertere* que representa “cada quien por su lado”

Como concepto inicial, debemos señalar que el **divorcio** resulta ser la ruptura del vínculo matrimonial, que se determina a partir de una causa que se encuentra regulada y prevista de manera específica en la ley.

A decir de Benjamín Aguilar Llanos (2008) el divorcio *“significa el rompimiento del vínculo matrimonial, concluye el matrimonio. Los ex cónyuges se convierten en extraños entre sí y por lo tanto cada uno de ellos queda en aptitud de contraer nuevo matrimonio, cesan las obligaciones y derechos que emergen de la institución.”*

Mientras que de forma antagónica (Varsi y Canales, 2020) era de la postura de que la regulación del matrimonio debido a la naturaleza de la institución si permite la existencia de vicios de invalidez del acto, en consecuencia, poder declarar viciado su celebración, según como se señala:

*“(…) [T]omó en consideración las bases del derecho canónico en el que el matrimonio podía ser declarado como inválido como consecuencia de la existencia de vicios al momento de su celebración. Por la misma razón frente a casos especiales, era de necesidad la terminación de la unidad conyugal por diferencias conyugales que impidan la continuidad del matrimonio”* (Varsi y Canales, 2020)

Son **dos las teorías** que prevalecen en la legislación universal, respecto a la naturaleza del divorcio las cuales son:

- a. **Divorcio sanción.** – Busca ante la frustración matrimonial, al responsable del mismo, estableciendo una **sanción por ley**, en ese sentido, se establecen causales expresas describiendo inconductas, la presente teoría defiende la

posición que la ruptura del vínculo matrimonial se da únicamente por causales específicamente señaladas por ley, siendo que uno o ambos cónyuges, pueden transgredirlas de tal modo que su comportamiento haga incompatible con la continuación de la vida en común, al quebrantar los deberes y obligaciones entre los cónyuges, en otras palabras, interesa la causa del conflicto e identificar al culpable, imponiéndole una sanción, las cuales pueden ser:

Primero, que el conyugue culpable pierda la patria potestad de los menores, si fuese el caso, según lo establecido en el artículo 340 del Código Civil vigente, en consecuencia, perdería cualquier atributo decisorio respecto a los menores.

Segundo, una de las consecuencias mucho más marcadas es la pérdida al derecho de heredar del otro conyugue si algo sucediera, según lo establecido en el artículo 353 del Código Civil, evidentemente este supuesto se desarrolló de forma garantista hacia el conyugue perjudicado, para salvaguardar cualquier represaría contra de este y un latente beneficio del conyugue culpable.

Tercero, la pérdida del derecho de alimentos del conyugue culpable, cabe mencionar que la pérdida de este derecho según como lo regula el artículo 350 del Código Civil únicamente se dará en contra del conyugue agresor mas no del conyugue perjudicado, debido a que la norma busca salvaguardar al conyugue más perjudicado.

Por último, se establece la pérdida de derechos de gananciales o la imposición de una reparación hacia el conyugue perjudicado, que fue desarrollado a mayor profundidad por el Tercer Pleno Casatorio Civil y reiterada jurisprudencia; sobreel marco de lo previsto en el artículo 352 y 354 del Código Civil.

Los opositores a esta teoría se basan en el peligro del enfrentamiento entre los cónyuges.

- b. **Divorcio remedio.** – En esta no se busca un culpable, ni tampoco al que provocó el conflicto, el divorcio **remedio** entiende que el conflicto es en sí

mismo la causa del divorcio, por lo que éste es una salida, un remedio del conflicto conyugal en el que los cónyuges no desean o no saben asumir la responsabilidad para efectuar una vida en común.

Benjamín Aguilar (2008), señala que “la lectura del articulado del Código Civil, puede establecerse que nuestros legisladores han adoptado el sistema de divorcio sanción en virtud a los incisos 1 al 7 y el 10 del artículo 333 del Código Civil, sin embargo, los incisos 8,9,11 y 12, pareciera que estaríamos frente a un divorcio remedio”

### **1.3.3 De la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.**

El expediente judicial 08602-2017-0-0901-JR-FC-01 sobre divorcio por causal que analizamos en el presente informe, tiene el fundamento en el numeral **5** del artículo **333 del Código Civil**, que señala que es causal de divorcio:

*“El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda aeste plazo.”*

La presente causal está ligada de forma evidente al incumplimiento de lo expuesto en el artículo 289 del Código Civil, que señala:

*“Artículo 289.- Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”.*

En virtud a lo expuesto en la norma, se debe entender que, salvo excepciones justificadas, ninguno de los esposos puede vivir separado del otro, en modo concreto, podemos señalar que esta causal importa el alejamiento que realiza uno de los

cónyuges de manera unilateral y sin motivo con la finalidad de sustraerse de las obligaciones conyugales.

Para que se configure la referida causal, se pueden advertir **tres elementos** que señala la norma:

- ✓ Dejar el hogar conyugal o el abandono físico del mismo. (Elemento Objetivo)
- ✓ Que el abandono sea injustificado. (Elemento Subjetivo)
- ✓ Que el abandono sea por 2 años consecutivos o la suma de estos no exceda este plazo. (Elemento Temporal)

Dejar el hogar conyugal significa que debe materializarse que uno de los cónyuges ya no hace vivencia en el hogar conyugal, respecto a la parte procesal de acreditar el abandono, usualmente se pretende acreditar con la presentación de la constancia policial, sin embargo, ello sería insuficiente según los jueces, en virtud a que las mismas, son declaraciones unilaterales del cónyuge supuestamente agraviado, por lo que se debe buscar acreditar con medios probatorios adicionales.

El abandono injustificado, debe entenderse que el cónyuge que incurre en el acto de abandono se sustrae de las obligaciones que son impuestas por ley cuando se contrae el vínculo matrimonial, debe entenderse que desde que el cónyuge ya no convive con el otro, está faltando al deber de cohabitación que impone la norma, salvo que el abandono se realice por causa justificada. Lo expuesto a decir de algunos autores, trae consigo un problema en el ámbito procesal, toda vez que queda en incertidumbre sobre quien recae la carga de la prueba, **Aguilar Llanos (2008)** señala que el Código de 1984 al variar el término malicioso con el que se redactó el Código de 1936, por el de injustificado, ha trasladado la carga de la prueba del demandante al demandado, quien deberá probar que su retiro del hogar fue justificado, dejando la carga de la prueba al demandante respecto al elemento físico del abandono, no obstante, recoger dicho argumento, afectaría el principio procesal que señala que quien afirma un hecho tiene que probarlo, por lo que se puede concluir que el demandante tiene la carga de la prueba para acreditar lo injustificado del abandono, con excepción de que en la contestación de la demanda, el demandado acredite la

justificación.

Respecto al plazo, la norma establece que el abandono sea por 2 **años**, o por periodos que, sumados, no excedan del mismo, esta suma de periodos fue agregada en la redacción del Código Civil vigente, en virtud a que no estaba contemplado en la redacción del Código Civil de 1936, por lo que existir periodos de abandono que no superaban a los que la ley imponía, los plazos se interrumpían para luego volverse a computar, lo que hacía imposible aplicar la presente causal.

A modo de resumen, para que la presente causal pueda invocarse, procesalmente, se deberá acreditar:

- ✓ La prueba del domicilio conyugal de donde uno de los cónyuges se alejó.
- ✓ La prueba del alejamiento unilateral del domicilio conyugal por el periodo señalado en la norma.

El demandado debe probar:

- ✓ El motivo que justifique su alejamiento.

#### **1.3.4 El divorcio en el derecho comparado.**

- ✓ **En Francia**- Mantienen los siguientes supuestos para solicitar el divorcio:
  - Por mutuo acuerdo
  - Por la aceptación del principio de ruptura del matrimonio, cuando reconocen que el matrimonio ha fracasado sin consideración de los motivos que lo ocasionaron.
  - Por alteración definitiva del vínculo matrimonial, por haber vivido separados durante al menos dos años.
  - Por falta de algún conyugue, en la medida de que también se admite el divorcio sanción, debiendo ser realizado por la demanda judicial por uno de los conyugues; debido, únicamente, a una violación grave de las obligaciones y/o derechos conyugales por parte del conyugue incumplidor de obligaciones y derechos. Estas obligaciones tienen que ir direccionadas únicamente a la intolerancia de la vida en común, que deba o amerite una pronta disolución del vínculo matrimonial.
- ✓ **En España**. - Inicialmente se contempló que previo al divorcio tenía que

solicitarse la separación judicial o la separación de hecho.

En la actualidad, cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio sin alegar causal alguna, con la única condición de que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, dejando la norma abierta a la posibilidad de solicitar la separación judicial para los cónyuges que no quieran disolver el vínculo matrimonial. Art. 81 c.c.

✓ **En México.** - Las normas establecen el divorcio que dan fin al vínculo matrimonial, en ese sentido los legisladores han contemplado dos tipos de divorcio:

- **De mutuo consentimiento**, sin que se tenga que alegar causal alguna para poner fin al vínculo matrimonial; según lo establece el artículo 274 del Código Civil Mexicano, que precisa la facultad de disolver el matrimonio por acuerdo, siempre que medie un año de la celebración del matrimonio.
- **Contencioso**, el mismo que deberá ampararse en alguna de las causales señaladas en su normativa civil mediante el artículo 269 establece las causales para la interposición de las acciones judiciales sobre el divorcio y el plazo de caducidad para la interposición de dichas acciones. Asimismo, el artículo 270 del mismo cuerpo normativo establece otra causal del divorcio, bajo el seudónimo de actos inmorales, que no es otra cosa más que la manipulación de los menores a favor o en contra de alguno de los dos conyugues

✓ **Colombia.** – El ordenamiento jurídico colombiano, inicialmente contemplaba el divorcio, pero sin que este extinguiera el vínculo matrimonial, en 1973, con la reforma, se contempla al divorcio como el fin y ruptura del vínculo matrimonial, existiendo dos tipos de divorcio:

- **De mutuo acuerdo.** - contemplado en el numeral 9 del artículo 154 del código civil Colombiano.
- **Por causal.** – Contemplado en el artículo 154 del código civil, que señala como causales de disolución del vínculo matrimonial al

adulterio, bajo el supuesto de hecho de relaciones extramatrimoniales de uno de los conyuges, el incumplimiento de los deberes conyugales establecidos por ley, el uso habitual de sustancias alucinógenas, entre otras que también se encuentran plenamente reguladas en nuestra normativa.

- ✓ **En Argentina.** – Se introdujo el divorcio vincular mediante la Ley 23515, del 12 de junio de 1987, que derogo la ley del matrimonio de 1889, permitiendo el divorcio por causal específica, permitiéndose además la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un periodo mayor de tres años, pudiendo además solicitarse el divorcio de manera conjunta, argumentando que existen causas que hacen moralmente la vida imposible en común, sin embargo en el año 2015, se estableció el divorcio sin causal, bastando la voluntad de uno de los cónyuges es divorciarse.



## CAPÍTULO II

### CASO PRÁCTICO

#### 2.1 Planteamiento Del Caso

Con fecha 25 de abril del 2017, doña Yanet Norma Tomateo Velasque, interpone demanda, cuya pretensión principal es el de Divorcio por causal, Abandono Injustificado del Hogar Conyugal por más de dos años, ante el Juzgado de familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte y la dirige contra su cónyuge Eduardo Vladimir Cayllahua Monzon y contra el ministerio público. Así también, la demandante, demanda pretensiones accesorias y una indemnización por el daño causado. En dicho proceso, el demandado fue declarado **REBELDE** al no contestar la demanda; el Ministerio Publico, contesta la demanda y hace suyos los medios de prueba ofrecidos por la demandante.

El Juez de la causa, al resolver el proceso declara **INFUNDADA** la demanda al considerar que no existían pruebas suficientes para acreditar la causa invocada.

La demandante apela la sentencia, por considerarla injusta y no ajustada a derecho, siendo elevada al superior en grado, y remite el expediente al Ministerio Publico a fin de que emita el dictamen correspondiente, opinando este, que se declare **INFUNDADO** el recurso de apelación y se **CONFIRME** la sentencia venida en grado.

Por su parte la Sala Superior, en Sentencia de Vista, con voto en discordia, se pronuncia declarando **FUNDADO** el recurso de apelación, **REVOCANDO** la sentencia venida en grado, y **REFORMANDOLA** la declara **FUNDADA**.

## 2.2 Síntesis Del Caso

**Demanda:** Con fecha 25 de abril del 2017. Doña Yanet Norma Tomateo Velasque, interpone por ante el Juzgado de Familia de Lima Norte, una demanda dirigida contra su aún cónyuge Eduardo Vladimir Cayllahua Monzón, solicitando las siguientes pretensiones:

- **Pretensión Principal:**

Se declare la disolución del vínculo matrimonial, por Causal de Abandono Injustificado del de la casa Conyugal por más de dos años continuos.

- **Pretensiones Accesorias:**

- a. La demandante NO solicita la Tenencia y Cuidado de los hijos menores, dado que esta pretensión se estaba tramitando ante el juzgado de familia transitorio de Lima Norte, en el Exp. Con el N° 1260-2015;
- b. respecto de la pensión alimenticia, también existe otra demanda, a misma que se encuentra sentenciada por ante el Primer Juzgado de Paz letrado de San Miguel, con Exp. N°470-204
- c. Separación de bienes gananciales: No existen bienes susceptibles de división o partición dado que la sociedad no adquirió ningún bien.
- d. Obligación Alimenticia entre los cónyuges: la demandante indica que los ambos son profesionales y por ende NO se encuentran en estado de necesidad.
- e. La demandante solicitó por concepto de indemnización la suma de S/ 50,000.00 por ser el cónyuge perjudicado con el abandono, de acuerdo a lo estipulado en el art. 345° del código civil.

- **Fundamentos de hecho:**

Los cónyuges con fecha 17 de Setiembre del 2011 contrajeron matrimonio civil por ante la Municipalidad Distrital de San Miguel, procrearon a sus dos menores hijas de 2 (meses) y 3 años de edad. Asimismo, señala que, con el paso del tiempo, su relación se fue deteriorando hasta el momento en que el demandado decidió abandonar el hogar conyugal, es así que con fecha 08 de setiembre del año 2014; el demandado hizo abandono injustificado del hogar conyugal, tal y como se acredita con la constancia policial. Siendo que, a la

fecha de interposición de la demanda, ya habían transcurrido más de dos años de abandono injustificado del hogar conyugal.

- La Fundamentación Jurídica, es amparada en el articulado siguiente: Del Código Civil: art 333 inc. 5, referido a la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, 345°, 348° y 349°.
- Código Procesal Civil: art. 424°, 425°, 480° y 481° del referido cuerpo normativo.
- En el Monto del Petitorio asciende a la suma de S/ 50,000.00
- La Vía de este Proceso es la de Conocimiento

• **Los medios probatorios presentados son:**

- a. Partida de Matrimonio.
- b. Actas de nacimiento de las menores hijas.
- c. Constatación policial de fecha 08 de setiembre del 2014. Donde acredita estar separada del demandado.
- d. En mérito de la declaración de parte que deberá prestar el demandado conforme al pliego de interrogatorio que en sobre cerrado adjunto.
- e. En mérito de las declaraciones de tres testigos testimoniales

En los Anexos, presenta los documentos antes señalados adicionándoles la copia de su Documento Nacional de Identidad, el arancel judicial por ofrecimiento de prueba, constatación de notificación, y papeleta de habilitación del abogado defensor, Firmando el demandante y su abogada, como lo señala el Código Adjetivo.

**Auto admisorio:** Con fecha 03 de noviembre del año 2017, el Juez de la causa emitió la resolución N° **DOS**, que contiene el **AUTO ADMISORIO**, que admite a trámite la demanda en la vía de **CONOCIMIENTO**, la misma que fue declarada inadmisibile mediante resolución N° **UNO**, y volviéndola a recalificar se declara su **ADMISIBILIDAD** ya que cumplía con los requisitos previstos en los artículos 424° y 425° del Código procesal civil. Siendo así, se corre traslado de la demanda a los sujetos procesales, tanto al demandado como al Ministerio **Público**, para que conteste en un plazo de 30 días, bajo apercibimiento de ser declarados en rebeldía.

**Saneamiento procesal:** Con fecha 07 de marzo del 2019 el juez de la causa emitió la resolución N° 05, que contiene el **AUTO DE SANEAMIENTO PROCESAL**, el mismo que proveyendo los escritos presentados por las partes y conforme lo estipula el artículo IX del título preliminar del Código Procesal Civil, el juez verificó las notificaciones de los escritos y la demanda a las partes procesales y al verificar que el demandado no contestó la demanda en el plazo otorgado, a pesar de haber sido notificado válidamente, aun así, este no contestó la demanda, haciendo efectivo el apercibido decretado en la resolución N° 02, por lo que el demandado fue declarado **REBELDE**. Asimismo, habiéndose evaluado la relación jurídica procesal válida, determinándose la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y habiéndose deducido excepciones no defensas previas. El juez de la causa resuelve: declarar **REBELDE** al codemandado y cónyuge de la demandante, declarar **SANEADO EL PROCESO** y en consecuencia la existencia de una relación jurídica válida, concediéndose a las partes el plazo de tres días a fin de que presenten por escrito su propuesta de puntos controvertidos.

**Audiencia de pruebas:** Con fecha 24 de abril del 2019, en el local del juzgado se llevó a cabo la **AUDIENCIA DE PRUEBAS**, a la cual comparecieron las partes, debidamente representadas y asesoradas por sus abogados. Así también compareció el Ministerio Público, representadas por la fiscal adjunta de la Fiscalía Civil y familia de Los Olivos. Asimismo, se actuaron los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante, dejando las documentales para ser valoradas al momento de resolver la presente causa, tomándose la declaración testimonial a los testigos ofrecidos por la demandante, de acuerdo al pliego interrogatorio ofrecido por esta y dejando la declaración para ser valorada al momento de resolver. Luego de actuarse los medios de prueba ofrecidos por la parte demandante, se actuaron los medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público y estando a que el este hizo suyas las pruebas ofrecidas por la parte demandante, el proceso quedó expedito para ser resuelto, otorgándose a las partes el plazo de ley para que ofrezcan sus alegatos. Es necesario precisar que por la parte demandada no se actuaron sus medios de prueba, ya que este fue declarado **REBELDE**.

**Sentencia:** Que mediante resolución N° DIECIOCHO, de fecha doce de enero del 2021, la misma que contiene **LA SENTENCIA** recaída en el presente expediente, teniendo como punto principal para resolver el presente proceso, si procede declarar la disolución del vínculo matrimonial, por causal de abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años, siendo desarrollado por el juez de la causa en los considerandos sexto al duodécimo, señalando en dichos considerandos:

“Que, si bien es cierto que el demandado se alejó del hogar conyugal, pero aquello para determinar abandono deben de concurrir tres elementos, que son: elemento de carácter material, subjetivo y temporal, que están referidos, al hecho material de alejamiento físico, a la intensión de sustraerse de sus obligaciones maritales y a que transcurra el tiempo determinado, respectivamente”.

Para el juez de la causa, los medios probatorios ofrecidos y actuados en el presente proceso, no son suficientes para generar convicción en él, dado que si bien es cierto existe una constatación policial de fecha 08 de setiembre del 2014, esta no es suficiente, y esto es que para su entender, dicha constatación policial resulta ser una declaración de parte (de la demandante), además de ello, los testigos ofrecidos por la demandante, señalaron que tomaron conocimiento del abandono del hogar conyugal por parte del demandado, porque la demandante les informo que el demandado se había retirado; así también, el demandado no reconoció haber hecho abandono injustificado del hogar conyugal, que si bien es cierto se fue del hogar conyugal en setiembre del 2014, esto fue con conocimiento y consentimiento de la demandante, porque viajó al país de Venezuela a visitar a su señora madre que se encontraba enferma y que posteriormente no pudo ingresar a su hogar porque la demandante no se lo permitía.

Son estos los argumentos esgrimidos y utilizados por el Juez, para fallar **DECLARANDO INFUNDADA** la demanda, de Divorcio por Causal, Abandono Injustificado del Hogar Conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.

**Apelación de sentencia:** Con fecha 16 de febrero del 2021, la demandada interpone el recurso de apelación, contra la sentencia emitida mediante resolución N° 18, pidiendo que se proceda a revocar dicha sentencia en todos sus extremos, por error de hecho, teniendo una clara afectación al debido proceso, que contiene la debida motivación de las resoluciones judiciales,

la motivación la lógica y la razonabilidad de las resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional. Además de ello, la demandante señala en su escrito de apelación, que el Aquo, no valoró de manera correcta la constatación policial, que fue prueba plena del alejamiento de manera objetiva del hogar conyugal por parte del demandado. Así también la demandante señala en su escrito de apelación, que el demandado se sustrajo de su obligación alimentaria para con sus menores hijos, así como con su obligación de cohabitar con su conyugue (la demandante) y que ello se encuentra debidamente probado. Es necesario precisar que el recurso de apelación fue admitido y elevado a la sala

**Dictamen fiscal:** La Sala Superior admite a trámite el recurso de apelación interpuesto por la demandante y remite a la fiscalía superior, el expediente con todos los actuados a fin de que la fiscalía se pronuncie de acuerdo con sus atribuciones. Siendo así, la Fiscalía Superior de Familia de Lima Norte, emite el dictamen N° 380-2021, en el cual considera que, si bien es cierto la demandante ha probado con medio idóneo que el demandado se alejó del hogar conyugal por más de dos años consecutivos, esto no es mérito suficiente para declarar la disolución del vínculo matrimonial, dado que para la fiscalía faltan pruebas que acrediten el espacio de tiempo y la intención del demandado de sustraerse de manera injustificada del hogar conyugal. Por lo que la Fiscalía Superior es de **OPINIÓN** que se declare **INFUNDADO** el recurso de apelación, y con ello se **CONFIRME** la SENTENCIA contenida en la resolución N° 18.

**Sentencia de vista:** Recibido el dictamen fiscal que contiene la opinión fiscal, y habiéndose realizado la vista de la causa, la Sala Superior con voto en discordia y considerando que la resolución apelada ha incurrido en error de derecho y en error de hecho. Siendo que en el caso del error de derecho, el Aquo no consideró la condición de rebeldía del demandado, por lo que lo alegado por la parte demandante debe constituir una verdad o una presunción relativa sobre los hechos expuestos, a pesar que la presunción relativa solo es aplicable en derechos disponibles, situación que el Aquo considero que el divorcio no es un derecho disponible, sin embargo la Sala aclaró esta situación señalando que el divorcio es un derecho disponible, ya que es decisión de los conyugues decidir si siguen casados o no.

Por otro lado y en cuanto al error de hecho, el Aquo no consideró de manera correcta el abandono del hogar conyugal realizado por el demandado, dado que si bien es cierto argumentó que se alejó del hogar conyugal para viajar a Venezuela porque su señora madre se encontraba enferma, sin embargo señaló que hasta la fecha no regresaba al hogar conyugal, además de ello no se tomó en cuenta que existía un proceso judicial de alimentos del año 2014 y de tenencia del año 2015, lo que hace presumir que en efecto el demandado si hizo abandono injustificado del hogar conyugal, por lo que la Sala superior estimó el recurso de Apelación y RESOLVIO: REVOCAR la sentencia emitida mediante resolución N° 18, que declara infundada la demanda y REFORMANDOLA al declarar FUNDADA la demanda de Divorcio por la Causal de Abandono Injustificado del Hogar Conyugal, y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial, entre la demandante y el demandado; además de ello RESOLVIÓ declarar IMPROCEDENTE la indemnización reclamada y sin objeto la declaración respecto de la tenencia, los alimentos.

### **2.3 Análisis Y Opinión Crítica Del Caso:**

En el presente caso, mi opinión es que el Juez de primera Instancia, realizó una mala apreciación de los medios de prueba ofrecidos por la parte demandante, además de ello no tomó en cuenta que el demandado se encontraba en rebeldía, por lo que debió de tener un mayor análisis de la situación que suscito a propósito de la declaración de rebeldía del demandado.

Por otro lado, consideramos que la opinión fiscal, fue contradictoria, dado que en sus considerandos explica de manera correcta las características de la causal de abandono del hogar conyugal, siendo clara y precisa las características. Lo que hacía presumir que la opinión fiscal estaba dirigida a que se declare fundado el recurso de apelación y en consecuencia se revoque la sentencia apelada; mas, por el contrario, la opinión fiscal se dio en el sentido que se declare infundado el recurso de apelación y con ello se confirme la alzada.

Así también, la Sala Superior, de manera correcta corrigió los errores en que había incurrido el Juez de la primera instancia, corrigiendo los errores de hecho y de derecho, tales como lo objetivo que fue el abandono de hogar conyugal, ya que el demandado de ninguna manera pudo demostrar que no abandonó el hogar conyugal; además de ello la Sala Superior corrigió el error de derecho, que consistía en la

condición de rebeldía del demandado y el derecho disponible que tenían las partes respecto del derecho a decidir sobre el divorcio. Por lo que La Sala emitió una decisión acorde a derecho.

Por Ultimo, la Opinión Critica del Caso, recae en el hecho que los jueces de primera instancia muchas veces no están preparados para ejercer la justicia, como es el caso del Juez de primera instancia del caso que me compete, ya que dicho Juez no pudo apreciar de manera correcta y por los máximos de la experiencia, las pruebas aportadas por la parte demandante; tampoco tuvo la debida apreciación de la condición de rebeldía del demandado y el derecho de libre disposición de la decisión de divorciarse de los conyugues, lo que conllevo a una mayor dilación del proceso y gasto en economía de parte de la demandante.



## CAPÍTULO III

### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

#### 3.1 Jurisprudencia Nacional:

- **CASACIÓN N° 528-99-LIMA.** - Lima, 14 de julio de 1999.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.**

**CONSIDERANDO:** Mediante el presente recurso de acuerdo a las normas del presente código, el abandono debe tener como base indispensable el alejamiento de la casa conyugal del domicilio fijado, donde cohabitan los cónyuges, por tanto el abandono conlleva al incumplimiento de las demás obligaciones conyugales determinadas por ley, además de que el abandono debe de ser injustificado, ya que debe de haber intención y voluntad de desentenderse de dichas obligaciones, ese carácter de injustificado podría desaparecer si ambos cónyuges acuerdan vivir separados, o viviendo juntos pero con consentimiento de ambos y se ponen de acuerdo respecto a sus obligaciones conyugales, es decir si uno de los cónyuges interpone la demanda por abandono del hogar conyugal, no solo debe deberá de acreditar el abandono, si no también deberá acreditar el carácter de injustificado.

- **CASACIÓN N° 1518-2006-LIMA.** - Lima, 6 de marzo del 2007.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.**

**CONSIDERANDO:** Que, la motivación de las resoluciones constituye un elemento fundamental al debido proceso y es un principio de la función jurisdiccional, el principio de congruencia procesal, implica que el Juez debe emitir sus resoluciones de acuerdo con los petitorios insertos en el escrito de demanda o en lo formulado por las partes, asimismo el petitorio se delimita al divorcio por causal separación de hecho y a la imposibilidad de hacer vida en común, que la litispendencia, es necesario que ambas partes se encuentren en la misma posición procesal; identidad del petitorio u objeto de la pretensión, que existirá cuando entre dos o más relaciones jurídicas, la materia concreta individualizada, discutida en el proceso es la misma en una y otra relación, además en el presente punto se concluye que no existe igualdad de pretensiones,

que si bien es cierto existe igualdad de partes, al analizar la sentencia sub Litis se tiene que si bien es cierto existen dos procesos de divorcio con pretensiones diferentes y que son tramitadas por diferentes juzgados, y que además de ello cada demanda tiene más de una pretensión, aquello no enerva de ninguna manera que el juez de la causa deje de administrar justicia. El Juez de primera instancia ha desnaturalizado el proceso, por someter la causa a un procedimiento distinto delo previamente establecido por Ley. Que, debe ampararse el recurso de casación, Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación en consecuencia **CASARON** la resolución impugnada y, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista emitida por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

➤ **CASACIÓN Nº 3006-2001-LIMA.** - Lima, 6 de febrero de 2002.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.**

**CONSIDERANDO:** Que, por la unión del hombre y la mujer, se crea un lazo legal perdurable que conlleva a la perpetuidad de la especie y su descendencia, todo esto a través del matrimonio, así también el matrimonio genera obligaciones recíprocas de los cónyuges. El vínculo matrimonial puede romperse por el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de los conyugues; la causal de abandono del hogar conyugal por más de dos años se encuentra prevista y regulada en el numeral 5, del artículo 333 del Código Civil. Asimismo la finalidad del matrimonio es la vida en común en el hogar conyugal, En la demanda se alega la causal descrita en el numeral 5 del artículo 333 del código civil, la que para ser invocada debe de reunir tres requisitos, De lo actuado se desprende que el demandado ha dejado el hogar conyugal, sin que medie justificación alguna para abandonar el hogar conyugal por más de dos años., se ha interpretado erróneamente el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil, por cuanto el Juez de la causa no cumplió con fijar la trascendencia del contenido de la norma declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento uno, en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas ochentinueve, su fecha veintiocho de junio del dos mil uno, y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la apelada sobre Divorcio por Causal de Abandono Injustificado del Hogar Conyugal.”

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL CASO

### Conclusiones del caso:

En el presente caso, llegamos a la conclusión que en el Perú debe de buscarse una forma más eficiente para poder determinar el divorcio a partir de la causal de abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años; esto debido a que para el Juez de primera instancia no fue suficiente la prueba aportada por la parte demandante, consistente en la constancia policial, de ello nace la pregunta ¿Qué otro elemento probatorio podría darle el peso a la referida causal? Si de alguna manera existe la necesidad de divorciarse y la constancia que ha habido un abandono. El llevar este proceso de divorcio por tantos años, cuando la intención de disolver el matrimonio es latente en ambos cónyuges, debería de ser considerado por la justicia, a partir de un proceso mucho más rápido y objetivo, dado que no tiene ningún sentido mantener una unión matrimonial cuando ambos cónyuges han demostrado que no desean continuar manteniendo su relación.

Asimismo, consideramos que el Juez de la primera instancia debió de declarar la disolución del vínculo matrimonial, más allá que la constancia policial cumplía o no con el requisito de temporalidad o se había generado a partir de una declaración de parte, debió de ser más objetivo y bajo un criterio de conciencia entender cuál era la verdadera intención de los cónyuges. A pesar de ello y dada la posibilidad de la doble instancia, la Sala Superior con un mayor criterio rectificó lo resuelto en primera instancia, declarando la disolución del vínculo matrimonial; sin embargo y a pesar que esta decisión es la correcta, generó una dilación en la búsqueda de una solución a su conflicto matrimonial de ambas partes, además de ello generó un desgaste de tiempo, economía e incertidumbre en las partes, unido a que el sistema jurídico gasta un tiempo innecesario que podría ser dedicado a la solución de otros casos.

### **Recomendaciones del caso:**

Al analizar el expediente civil de Divorcio por Causal de Abandono Injustificado del Hogar Conyugal, en vista de lo que se pudo observar es que existen algunas falencias en el sistema de justicia, ya que el juez de la primera instancia al no valorar con justicia y buena razón los medios de prueba, generó en la demandante un gasto innecesario dado que tuvo que apelar la sentencia emitida en primera instancia, provocando pérdida no solo de tiempo sino también de costos más aún en segunda instancia al declarar la Sala Superior la disolución del vínculo matrimonial, no le concedió la indemnización a la demandante, la cual si solicitó, ya que además de ser la cónyuge inocente es la cónyuge más perjudicada, Por tanto hago la recomendación del caso a los abogados a estar más atentos a cumplir con la responsabilidad que se les confiere, ya sea al redactar la demanda, al presentar los requisitos de la demanda y las pretensiones, para así se pueda llegar a tener un mejor resultado en la búsqueda de justicia, sea que ejerzan la profesión litigando, como jueces o fiscales



## Referencias

- Aguilar, B. J.(2008). La familia en el código civil peruano. Lima. Ediciones Legales.
- Código Civil Colombiano [CCC]. Art. 154 de 1976. 18 de febrero de 1976. [Colombia]
- Código Civil Federal [CCF]. Art. 269 de 1928. 28 de enero de 2010. [México]
- Código Civil Federal [CCF]. Art. 270 de 1928. 28 de enero de 2010. [México]
- Código Civil Federal [CCF]. Art. 274 de 1928. 28 de enero de 2010. [México]
- Código Civil Francés [CCF]. En su redacción vigente a 1 de julio de 2013. Art. 229 de 2013. 1 julio de 2013. [Francia]. Recuperado de: <https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/cc3b3digo-civil-francc3a9s.pdf>
- Código Civil Peruano [CCP]. Art. 191 - 192. 1852 (Perú).
- Código Civil Peruano [CCP]. Ley N° 27494 - Art. 319 de 1984. [Perú]
- Código Civil Peruano [CCP]. Ley N° 27494 - Art. 348 - 349 de 1984. [Perú]
- Código Civil Peruano [CCP]. Ley N° 27494 - Art. 333 de 1984. [Perú]
- Código Procesal Civil [CPC]. Art. 9 de 1993. 8 de enero de 1993. [Perú]
- Código Procesal Civil [CPC]. Art. 480 de 1993. 8 de enero de 1993. [Perú]
- Cornejo Chávez, H. (1990). La Familia en el Derecho Peruano. Recuperado de: <http://www.untumbes.edu.pe/vcs/biblioteca/document/varioslibros/1012.%20La%20amilia%20en%20el%20derecho%20peruano.%20%20Libro%20homenaje%20al%20Dr.%20H%3%A9ctor%20Cornejo%20Ch%3%A1vez.pdf>
- Decreto No. 6889 y 6890 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se establece el matrimonio civil obligatorio. 4 y 8 de octubre de 1930.
- Decreto Legislativo N°295. de 1984. Por medio del cual se establece que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio. 24 de julio de 1984.

Decreto Legislativo N°295. de 1984. Art. 234. Por medio del cual se establece la noción de matrimonio. 24 de julio de 1984.

Decreto Legislativo N°295. de 1984. Art. 234. Por medio del cual se establece que es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. 24 de julio de 1984.

Hernández, S. (2020) Divorcio en la historia. Recuperado de:  
<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/19369/Divorcio%20en%20Roma%20y%20su%20evolucion%20hasta%20el%20momento%20actual.pdf?sequence=1>

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (España). 9 de julio del 2005. Recuperado de: <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/08/15>

Ley 7894 de 1934. Por medio del cual se incluye el mutuo disenso como una causal más del divorcio. 22 de mayo de 1934.

Ley 8305 de 1936. Por medio del cual se debía mantener inalterables las normas sobre el matrimonio civil obligatorio y divorcio vincular establecido en el proyecto del Código Civil de 1936. 2 de junio de 1936.

Ley 23515 de 1987. Por medio de la cual se deroga la ley del matrimonio de 1889. 08 de junio de 1987 (Argentina). Recuperado de:  
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23515-21776/texto>

Pozo, J. (2018). Summa Civil (1ra ed.). Perú, Lima: Nomos & Thesis

Schreiber Pezet, M. A. (1984). *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo VII*.  
Recuperado de:  
<http://www.untumbes.edu.pe/vcs/biblioteca/document/varioslibros/C%C3%B3digo%20civil%20comentado.%20T%20VII%20Contratos%20en%20general.pdf>.

Varsi Rospigliosi E. & Canales Torres C. (2020) *Código Civil Comentado Tomo II. Gaceta Jurídica*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2021/03/CODIGO-CIVIL-TOMO-2.pdf>

**ANEXOS: (SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DEL CASO.)**

**ANEXO 1: Exp. 08602-2017**

Mediante Resolución N° 18, El Juez de Primera Instancia, declara **Infundada** la demanda de Divorcio por Causal, Abandono Injustificado del Hogar Conyugal, interpuesta por Yanet Norma Tomateo Velasque, en contra de su cónyuge, Eduardo Vladimir Cayllahua Monzón.



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE  
JUZGADO DE FAMILIA DE LOS OLIVOS**



EXPEDIENTE : 08602-2017-0-0901-JR-FC-01  
MATERIA : DIVORCIO POR CAUSAL  
JUEZ : ALIAGA RENGIFO, JOSE RONAL  
ESPECIALISTA : TORRES JIMENEZ MARIA CARMEN  
DEMANDADO : CAYLLAHUA MONZON, EDUARDO VLADIMIR  
SEGUNDA FISCALIA PROVINCIAL CIVIL Y FAMILIA DE  
LOS OLIVOS  
DEMANDANTE: TOMATEO VELASQUE, YANET NORMA

**RESOLUCIÓN NÚMERO DIECIOCHO**

Los Olivos, doce de Enero  
del dos mil veintiuno.-

**VISTOS:** Resulta de autos, que por escrito de fojas 9 a 14, subsanada a fojas 23 a 24, doña YANET NORMA TOMATEO VELASQUE, interpone demanda de Divorcio por causal de abandono injustificado del Hogar conyugal, en la vía del proceso de conocimiento contra don EDUARDO VLADIMIR CAYLLAHUA MONZON. Funda su demanda en los hechos, que con fecha 17 de Septiembre del 2011 contrajo matrimonio civil con el demandado ante la Municipalidad Distrital de San Miguel, y que dentro de dicha unión matrimonial procrearon a sus dos hijas de nombre: Amy Nicole y Ashley Darlene Cayllahua Tomateo, quienes cuentan con 3 años y 02 meses de edad. Refiere que si bien es cierto en los primeros años de matrimonio mantuvo una relación con el demandado, conforme paso el tiempo su relación se fue deteriorando por la poca comprensión por parte del demandado, y es el caso que con fecha 8 de setiembre de 2014, el demandado hizo abandono injustificado de su hogar sito en la Urbanización San Roque Manzana "H" Lote 14 del Distrito de Los Olivos, tal como lo acredita con la constancia policial de fecha 8 de Septiembre del 2014. Con respecto a la tenencia de sus hijas, refiere que existe un proceso tramitado en el expediente N° 1260-2015, y en cuanto a los alimentos, indica que la misma se encuentra sentenciado en el proceso N° 470-2014, y solicita se le fije una indemnización por ser el cónyuge perjudicado por daño moral y daño a la persona la suma de S/. 50,000 soles, al señalarle

que afronto sola el cuidado de sus hijas ante el abandono del demandado, y en los demás hechos que expone, y en lo dispuesto en el artículo 333 inciso 5 y 480 del Código Civil, y artículo 481 del Código Procesal Civil. Admitida a trámite la demanda en vía de proceso de conocimiento, por resolución número dos a fojas 25 a 26, se corre traslado al Ministerio Público, y a la demandada; mediante escrito a fojas 48 a 50, el Ministerio Público contesta la demanda, por lo que por resolución número cuatro a fojas 70, se admite la contestación de demanda; mediante resolución número cinco a fojas 84 a 85, se declara en rebeldía al demandado y saneado el proceso; y mediante resolución número seis a fojas 173 a 175, se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron y se convocó a las partes a audiencia de pruebas; la misma se realizó en los términos que contiene el acta a fojas 185 a 191; y vencido el plazo de alegatos, y habiéndose solicitado sentencia, se dispone poner los autos en despacho para sentenciar; y -----

**CONSIDERANDO: Primero:** Que, la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica y su finalidad abstracta, es lograr la paz social en justicia, que es por ello, que la persona que considera tener una discrepancia con otra, que afecta sus derechos o intereses, acude al Órgano Judicial competente invocando tutela jurisdiccional efectiva, con sujeción a un debido proceso, conforme lo regulan los artículos primero y tercero del Título Preliminar del Código Procesal Civil; **Segundo:** Que, los medios probatorios tienen por función acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos<sup>1</sup>; **Tercero:** Que, asimismo, conforme al artículo 196 del Código acotado, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos; **Cuarto:** A que, mediante resolución número seis a fojas 173 a 175, se fijaron los puntos controvertidos del presente proceso: **1)** Determinar si existe matrimonio válido y vigente entre las partes. **2)** Determinar si el último domicilio conyugal entre las partes se realizó dentro de la jurisdicción de Los Olivos. **3)** Determinar si las partes se encuentran separadas por un periodo ininterrumpido de dos años. **4)** Determinar si la separación de hecho invocada, ha sido con la intención de no hacer vida en común. **5)** Determinar que la tenencia y alimentos de las dos menores

---

<sup>1</sup> Artículo 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.

hijas nacidas dentro del matrimonio, no será pasible de pronunciamiento al existir sentencia judicial consentida por ambas partes. 6) Determinar si existen bienes adquiridos durante el matrimonio, los que deben ser liquidados en ejecución de sentencia. 7) En caso se ampare la pretensión principal, determinar si se debe ordenar el cese de la obligación alimentaria entre las partes. 8) En caso se ampare la pretensión de divorcio por la causal de separación de hecho, determinar si uno de los cónyuges, resulto ser el más perjudicado con la separación y si corresponde fijar alguna indemnización a su favor; **Quinto:** Que, con la partida de matrimonio a fojas 04, la demandante ha acreditado que en efecto, con fecha 17 de Septiembre de 2011, contrajo matrimonio civil con el demandado Eduardo Vladimir Cayllahua Monzón, por ante la Municipalidad Distrital de San Miguel; **Sexto:** Que, en cuanto a la causal de la demanda, por abandono injustificado del hogar conyugal, es de indicar que el abandono injustificado de la casa conyugal, consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales, y debe reunir tres elementos: a) el elemento objetivo, que consiste en la dejación material o física del hogar conyugal; b) el elemento subjetivo, consiste en que el cónyuge ofensor se sustraiga intencionalmente al cumplimiento de sus deberes conyugales, es decir en forma voluntaria, intencional y libre; y c) el elemento temporal, que transcurra un determinado periodo de tiempo, que en sede nacional es de dos años continuos o que la duración sumada de los períodos excedan a dicho plazo; **Séptimo:** A que, en consecuencia de dichos elementos, el simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causal de divorcio; **Octavo:** A que, en dicho contexto el abandono debe darse con el **propósito deliberado del cónyuge ofensor de sustraerse intencionalmente de su obligaciones conyugales**, esto es, **con la malicia o astucia debida para ausentarse u omitir en forma deliberada su presencia en la casa común**, donde dicha actitud como es lógico, debe ser materia de acreditación por quien promueve la acción, esto es, la demandante, demostrando en forma objetiva y real, la culpa del cónyuge demandado, como lo refiere la Casación N° 5128-2010-Lima; **Noveno:** Que, la demandante pretende acreditar el abandono injustificado de la casa conyugal, presentando copia de la constatación policial de fecha 08 de Septiembre de 2014 a fojas 07, de un hecho ocurrido en dicha fecha, en cuyo contenido se indica que el efectivo policial de la Comisaria Pro, se apersono al inmueble ubicado en Manzana H, Lote 14 San Roque - Los Olivos, ante la solicitud de la cónyuge, y al ser invitado al tercer nivel del inmueble

constato un Departamento, una habitación matrimonial y un ropero con prendas femeninas y un espacio vacío donde había existido pertenencias personales de su esposo, además se constató la presencia de otro ambiente donde estaba sus dos menores hijas. En el lugar se presentó la persona de Francisco Tomateo Ríos, quien refirió que su yerno habría abandonado su casa, y la recurrente refiere que su esposo se llevó consigo todas sus pertenencias cuando ella no se encontraba en casa y desconoce su paradero actual, documento que no genera convicción respecto de los hechos alegados por cuanto constituye una declaración unilateral de la demandante que no ha sido corroborado con otro medio de prueba idóneo, toda vez que las declaraciones testimoniales de Paola Brigitte Namuche Padila, Connie Jessica Tohalino Castillo e Isabel Velásquez Espinoza actuadas en el acta de audiencia de pruebas a fojas 185 a 189, dan cuenta de tener conocimiento del abandono realizado por el demandado porque la cónyuge así les informo; asimismo el demandado no acepta haber realizado el abandono, pues manifestó en su declaración brindada en audiencia de pruebas a fojas 189 a 190, que en dicha fecha viajó a Venezuela en septiembre del 2014, por motivos de salud de su madre, y que se fue con el consentimiento de la demandante, y que nunca existió un motivo para abandonar su hogar; y si bien el demandado reconoce que la separación se produjo en Noviembre del 2014, no siendo menos cierto que ello no demuestra que dicho alejamiento haya sido en forma injustificada, es decir con la intención de sustraerse indebidamente del cumplimiento de sus deberes conyugales, puesto que el cónyuge demandado, refiere que lo efectuó debido a que la demandante no le permitió el ingreso a su hogar; **Décimo:** A que, el hecho que el cónyuge demandado haya caído en estado de rebeldía, no determina la aplicación de la presunción relativa(iuris tantum), que establece el artículo 461 en su párrafo primero del Código Adjetivo, puesto que lo que está en discusión son derechos indisponibles, que no se encuentra dentro de las facultades ni potestades de las partes en litigio, para disponer de ellos como lo quisieran, por lo cual la misma norma de la referencia, lo exceptúa de dicha presunción<sup>2</sup>; máxime si dicha presunción no es absoluta(iuris et jure), sino la rebeldía del demandado per se, no puede servir de sustento para amparar sin más trámite la demanda; por el contrario, precisamente por tratarse de una presunción

<sup>2</sup> Artículo 461.2 del Código Procesal Civil: La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;

2. La pretensión se sustenta en un derecho indisponible;

3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o

4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción

relativa, para que ésta cause convicción en el Juzgador acerca de la verdad de los hechos expuestos en la demanda, necesariamente lo expuesto deberá estar corroborado con otros medios de prueba, de tal modo que el Juez tenga convicción acerca de los hechos que son materia de la demanda; pues de lo contrario resultaría extremadamente grave para el emplazado y hasta constituiría un atentado al debido proceso, imponer semejante sanción por el simple hecho de que el demandado, en ejercicio de su derecho, haya resuelto no contestar la demanda, como lo refiere la Casación 570-2006-Lima publicado en el Diario Oficial el Peruano el 02 de Julio del 2007 pagina 19766; **Undécimo:** A que, cuando no ha quedado acreditado fehacientemente el elemento subjetivo, que es concomitante a los otros elementos anotados, esto es, no se ha demostrado que el cónyuge demandado se haya alejado del hogar conyugal de manera injustificada, incumpliendo de este modo la accionante con la carga de la prueba, debe desestimarse la acción incoada, por improbadada; **Duodécimo:** A que, en cuanto a las pretensiones accesorias de tenencia, régimen de visitas y alimentos respecto de los menores hijos de las partes, es de indicar que la pretensión principal ha sido desestimada, en razón de ello, lo accesorio sigue la suerte del principal, por lo cual también corresponde desestimárselas; **Décimo Tercero:** A que, finalmente en cuanto a los conceptos que regula el numeral 412 del Código Procesal Civil, debe señalarse que son de cargo del vencido, salvo que por declaración judicial expresa y motivada pueden ser exoneradas, en el caso de autos la actora con el ejercicio incoado, de algún modo buscaba dilucidar su situación jurídica de la relación matrimonial, por lo cual tenían razones para litigar, lo que conduce a que se exonere del cargo de los mismos a las partes en litigio; **Décimo Cuarto:** A que, en este orden de cosas, con las pruebas actuadas y no glosadas que en nada enervan las presentes consideraciones, toda vez que han sido evaluadas en forma conjunta utilizando una apreciación razonada<sup>3</sup>, el señor Juez del Juzgado Familia del

---

<sup>3</sup> Artículo 197 del Código Procesal Civil: Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando una apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

Módulo Básico de Justicia de Los Olivos, Administrando Justicia a nombre de la Nación;-----

**FALLO:** DECLARANDO INFUNDADA la demanda de divorcio a fojas 9 a 14, subsanada a fojas 23 a 24, interpuesta por doña YANET NORMA TOMATEO VELASQUE por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo, por improbada. Y consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, archívese los presente actuados donde corresponda; sin costos ni costas del proceso. Hágase saber.-

---

## ANEXO 2: Exp. 08602-2017-Sentencia de Vista

Mediante Resolución N° 25, El Juez de superior de sala, declara **Fundada** la demanda, de Divorcio por Causal, Abandono Injustificado del Hogar Conyugal, en consecuencia, **Disuelve** el vínculo matrimonial.

Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE  
AV. CARLOS IZAGUIRRE N° 176 INDEPENDENCIA  
VOCAL CASTOPE CERQUIN LORENZO / Servidor Digital Poder Judicial del Perú  
Fecha: 21/10/2021 23:36:26 Hora: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. JUDIC  
LIMA NORTE / LIMA NORTE, FIRMA DIGITAL



### CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE PRIMERA SALA CIVIL PERMANENTE

#### SENTENCIA DE VISTA

EXPEDIENTE : 08602-2017-0-0901-JR-FC-01  
MATERIA : DIVORCIO POR CAUSAL  
DEMANDADO : CAYLLAHUA MONZON, EDUARDO VLADIMIR  
MINISTERIO PÚBLICO  
DEMANDANTE : TOMATEO VELASQUEZ, YANET NORMA

#### RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTICINCO

Independencia, veintiuno de octubre  
del año dos mil veintiuno.-

**VISTOS:** El recurso de apelación formulado por la parte demandante e interviniendo como ponente el señor Juez Superior Castope Cerquin, se expide la presente resolución.

#### FUNDAMENTOS:

##### § Resolución impugnada

1° Es materia de apelación la sentencia expedida por resolución dieciocho del 12 de enero de 2021, que **FALLO: DECLARANDO INFUNDADA** la demanda de divorcio a fojas 9 a 14, subsanada a fojas 23 a 24, interpuesta por doña YANET NORMA TOMATEO VELASQUE por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo, por improbadada; con lo demás que contiene y es objeto de grado.

##### § Delimitación de la pretensión impugnatoria

2° La demandante Yanet Norma Tomateo Velásque, mediante escrito del 16 de febrero del 2021, interpone recurso de apelación alegando:

- Se ha considerado los puntos controvertidos establecidos en la resolución número seis los cuales fueron corregidos por resolución número siete.
- La constatación policial del 08 de setiembre de 2014 no ha sido debidamente valorada y no ha considerado la condición de rebelde del demandado.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
A NORTE - Sistema de  
Notificaciones Electrónicas SINOE  
CARLOS IZAGUIRRE N° 176  
INDEPENDENCIA  
VOCAL CASTOPE CERQUIN LORENZO  
Fecha: 21/10/2021 23:36:26 Hora: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. JUDIC  
LIMA NORTE / LIMA NORTE, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
A NORTE - Sistema de  
Notificaciones Electrónicas SINOE  
CARLOS IZAGUIRRE N° 176  
INDEPENDENCIA  
VOCAL CASTOPE CERQUIN LORENZO  
Fecha: 21/10/2021 23:36:26 Hora: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. JUDIC  
LIMA NORTE / LIMA NORTE, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
A NORTE - Sistema de  
Notificaciones Electrónicas SINOE  
CARLOS IZAGUIRRE N° 176  
INDEPENDENCIA  
VOCAL CASTOPE CERQUIN LORENZO  
Fecha: 21/10/2021 23:36:26 Hora: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. JUDIC  
LIMA NORTE / LIMA NORTE, FIRMA DIGITAL

§ *El recurso de apelación: finalidad*

3°. Esta instancia solo se pronunciará respecto de los agravios del recurso; pues, conforme a la máxima "*tantum devolutum quantum appellatum*" que constituye una directriz para el Juez revisor, solo se puede revisar y devolver los agravios que contenga la apelación.

§ *Revisión de la resolución impugnada*

4°. La sentencia en el cuarto considerando ha descrito los puntos controvertidos fijados mediante resolución número seis del 25 de marzo de 2019; sin considerar que éstos habían sido modificados, pero en esta parte de la sentencia solo se mencionan, ya que en el quinto considerando se analizan los puntos controvertidos fijados mediante resolución número siete del 16 de mayo de 2019, que justamente corrigió lo resuelto en la referida resolución número seis, por lo que dicho error es intrascendente y no afecta la validez de la sentencia.

5°. El demandado Eduardo Vladimir Cayllahua Monzón, en efecto, está en la condición de rebelde y dicha condición, conforme lo dispone el artículo 461° del Código Adjetivo, causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda; es decir, genera una presunción "*iuris tantum*", que admite prueba en contrario, por lo que el juzgador tiene el deber de examinar si existen evidencias que desvirtúen dicha presunción.

6°. Es cierto que la presunción relativa, antes descrita, no es aplicable cuando la pretensión se sustenta en un derecho indisponible como lo dispone el artículo 461.2 del Código Procesal Civil, sin embargo, la pretensión de divorcio se sustenta en la libertad o autodeterminación que toda persona tiene para decidir si sigue casado o no y, por ende dicha, pretensión es un derecho disponible, a tal punto que el legitimado para solicitar el divorcio puede perdonar, olvidar o dejar caducar la acción de divorcio, por tanto, la presunción relativa es aplicable a la pretensión de divorcio de la demandante, razón por la cual en este extremo la sentencia ha incurrido en error de derecho al considerar que dicha pretensión es indisponible y por ende inaplicable la presunción de rebeldía.

7°. Por otro lado, la Corte Suprema en el III Pleno Casatorio Civil, fundamento 40, ha establecido que la causal de abandono injustificado del hogar "se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las

obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consciente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (no solo incluye a la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros)".

- 8º. En el presente caso, el alejamiento físico del hogar por más de dos años de parte del demandado Eduardo Vladimir Cayllahua Monzón está acreditado con la constatación policial de fecha 08 de setiembre de 2014, y con su declaración brindada en la audiencia de pruebas donde ha indicado que se retiró del hogar para viajar a Venezuela por enfermedad de su madre y que hasta la fecha no ha regresado, esto es, alega retiro justificado del hogar, sin embargo, no existe ninguna evidencia que respalde su afirmación o justifique su retiro del hogar, tampoco existe evidencia de la supuesta infidelidad de la demandante o de que efectivamente regresó y que la demandante le impidió el ingreso como alegó en la audiencia de pruebas.
- 9º. Por el contrario, está probado que luego del retiro del hogar por parte del demandado, en 2014, éste ha sido emplazado en dos procesos judiciales: alimentos para sus hijos, Exp. 470-2014, y tenencia Exp. N° 1260-2015, lo que evidencia que abandonó el hogar con la intención de sustraerse a sus deberes conyugales y obligaciones para con sus menores hijos, lo que no se ha considerado en la sentencia impugnada, razón por la cual deberá estimarse el recurso de apelación.

#### § Pretensiones accesorias

- 10º. La demandante además del divorcio ha solicitado se le fije una indemnización por ser el cónyuge perjudicado por daño moral y daño a la persona en la suma de S/. 50,000 soles, al señalar que afrontó sola el cuidado de sus hijas ante el abandono del demandado; sin embargo, considerando que la indemnización del cónyuge perjudicado por haber asumido la tenencia y alimentos de los hijos es viable cuando el divorcio se declara por la causal de separación de hecho y, no habiéndose alegado la afectación del interés personal de la cónyuge inocente la indemnización por cónyuge perjudicado deberá declararse

improcedente, sin perjuicio de dejarse a salvo el derecho de la demandante de solicitar la indemnización conforme lo dispone el artículo 351° del Código Civil.

- 11: Respecto a las pretensiones de alimentos, tenencia y régimen de visitas a favor de los menores Amy Nicole Cayllahua Tomateo y Ashley Darlene Cayllahua Tomateo, teniendo en cuenta la existencia de los procesos judiciales por concepto de alimentos, Exp. 470-2014 y tenencia Exp. N° 1260 -2015, carece de objeto pronunciamiento al respecto.
- 12: En cuanto a la liquidación de bienes sociales la demandante sostiene que no han adquirido bienes sociales, en cambio el demandado, en la audiencia de pruebas ha dicho que han adquirido bienes en común: Departamento sitio en Calle Continsuyo 148, dpto. 301, San Miguel; un departamento que está Collasuyo en San Miguel; una empresa Corporación Empresarial General de Gas S.A.C., La estación de servicio Santa Úrsula que está en Los Olivos, y un terreno en Puente Piedra, Ancón, y otros bienes que no recuerdo la dirección exacta; sin embargo, no se admitido ni actuado ningún medio de prueba al respecto, por lo que deberá dejarse a salvo el derecho de las partes para solicitar el inventario y liquidación de bienes en ejecución de sentencia conforme lo dispone el artículo 322° y siguientes del Código Civil.
- 13: Finalmente, el fenecimiento de la sociedad de gananciales, el cese del derecho alimentario y el derecho hereditario entre los cónyuges, conforme lo disponen los artículos 319°, 350° y 353° del Código Civil son consecuencias legales del divorcio y por ende son cuestiones de puro derecho que no ameritan revisión ni mayor pronunciamiento.

Por estos fundamentos, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú y la Ley Orgánica del Poder Judicial;

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sentencia expedida por resolución dieciocho del 12 de enero de 2021, que **DECLARA INFUNDADA** la demanda de divorcio, con lo demás que contiene, **REFORMÁNDOLA** se declara: **1. FUNDADA LA DEMANDA DE**

**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ABANDONO INJUSTIFICADO DE LA CASA CONYUGAL;** en consecuencia, **DISUELTO** el vínculo matrimonial entre **Yanet Norma Tomateo Velasque y Eduardo Vladimir Cayllahua Monzon**, contraído con fecha 17 de setiembre de 2011 ante la Municipalidad Distrital de San Miguel; **2. IMPROCEDENTE** la indemnización por cónyuge perjudicado, dejando a salvo el derecho del cónyuge inocente a solicitar la indemnización conforme lo dispone el artículo 351° del Código Civil; **3. CARECE DE OBJETO** pronunciamiento sobre la tenencia, visitas y alimentos de los hijos al existir pronunciamiento judicial al respecto; **4. FENECIDA** la sociedad de gananciales a partir del 08 de setiembre de 2014, dejándose a salvo el derecho de las partes de solicitar el inventario y liquidación de bienes sociales en ejecución de sentencia, **5. SE DECLARA EL CESE** del derecho alimentario y el derecho hereditario entre los cónyuges. Con costas y costas a cargo de la parte vencida. **NOTIFIQUESE, DEVUELVA Y CUMPLASE.**

**SS**

**DIAZ ZEGARRA                      CASTOPE CERQUIN                      BAJONERO MANRIQUE**

**EL SEÑOR SECRETARIO DE LA PRIMERA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE CERTIFICA QUE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR BAJONERO MANRIQUE SE ADHIERE AL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR CASTOPE CERQUIN.**

**EL SEÑOR SECRETARIO DE LA PRIMERA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE CERTIFICA QUE EL VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORITA JUEZ SUPERIOR CATAORA VILLASANTER ES COMO SIGUE:**

**EXP. 08602-2017-0-0901-JR-FC-01**

**VOTO EN DISCORDIA**

**VISTA** la causa; y,

**CONSIDERANDO:**

**ESTADO DEL PROCESO**

**PRIMERO:** Que viene en apelación la resolución número dieciocho, de fecha doce de enero del año dos mil veintiuno, mediante la cual se falla, en los siguientes términos: **DECLARANDO INFUNDADA** la demanda de divorcio a fojas 9 a 14, subsanada a fojas 23 a 24, interpuesta por doña **YANET NORMA TOMATEO VELASQUE** por

la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo, por improbada. Y consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, archívese los presente actuados donde corresponda; sin costos ni costas del proceso; con lo demás que contiene y es materia de grado.

#### **FUNDAMENTOS DE LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS**

**SEGUNDO:** Que, mediante escrito de fecha 15 de febrero del 2021, doña Yanet Norma Timoteo Velásquez, interpone recurso de apelación alegando esencialmente error en la apreciación del medio probatorio consistente en la constatación policial así como los efectos de la rebeldía.

#### **EVALUACIÓN:**

**TERCERO:** Que, a tenor de lo prescrito en el artículo 370° del Código Procesal Civil, *"El Juez Superior tiene la facultad de poder revisar y decidir sobre todas las cuestiones propuestas y resueltas por el Juez inferior; sin embargo, cabe precisar que la extensión de los poderes de instancia de alzada está presidida por un postulado que limita su conocimiento recogido por el aforismo tantum appellatum, quantum devolutum, por lo que el órgano judicial revisor que conoce de la apelación sólo incidirá sobre aquello que le es sometido en virtud del recurso. En la segunda instancia la pretensión del apelante al impugnar la resolución, es la que establece la cuestión sobre la que debe versar el recurso"*<sup>1</sup>. Por ello nos centraremos en los agravios expuestos en el recurso impugnatorio señalado en el segundo considerando de la presente resolución.

**CUARTO:** Que, mediante resolución número seis a fojas 173 a 175, se fijaron los puntos controvertidos del presente proceso: **1)** Determinar si existe matrimonio válido y vigente entre las partes. **2)** Determinar si el último domicilio conyugal entre las partes se realizó dentro de la jurisdicción de Los Olivos. **3)** Determinar si las partes se encuentran separadas por un periodo ininterrumpido de dos años. **4)** Determinar si la separación de hecho invocada, ha sido con la intención de no hacer vida en común. **5)** Determinar que la tenencia y alimentos de las dos menores hijas nacidas dentro del matrimonio, no será pasible de pronunciamiento al existir sentencia

<sup>1</sup> Cas. N°231-99-Cono Norte. El Peruano, 28-09-1999, P. 3608.

judicial consentida por ambas partes. 6) Determinar si existen bienes adquiridos durante el matrimonio, los que deben ser liquidados en ejecución de sentencia. 7) En caso se ampare la pretensión principal, determinar si se debe ordenar el cese de la obligación alimentaria entre las partes. 8) En caso se ampare la pretensión de divorcio por la causal de separación de hecho, determinar si uno de los cónyuges, resulto ser el más perjudicado con la separación y si corresponde fijar alguna indemnización a su favor.

**QUINTO:** Que, en la causal materia de autos, esencialmente el abandono invocado debe tener el firme propósito del cónyuge ofensor de sustraerse intencionalmente de sus obligaciones conyugales; por lo que debe acreditarse la presencia de dicho fin, en el abandono invocado.

**SEXTO:** Que, las pruebas actuadas en autos, no acreditan que la persona del demandado se haya sustraído intencionalmente de sus obligaciones conyugales, por cuanto del tenor del documento policial acompañado por la actora y que corre a folios 07, se tiene que es una constatación policial de fecha 08 de septiembre del 2014, y por tanto resulta ser una descripción de lo constatado por la autoridad policial, no pudiendo por tanto (en este caso concreto) acreditarse el sentimiento del demandado.

**SÉPTIMO:** Que, igualmente las declaraciones testimoniales actuadas en autos, no aportan conclusión alguna, al ser declaraciones donde esencialmente refieren que conocieron el hecho de la separación por versión de la demandante, notándose que se encuentra ausente una versión que acredite que conocieron el hecho directamente, de ahí que no aportan mayor dato sobre los puntos controvertidos.

**OCTAVO:** Que por el contrario, no debe perderse de vista, que la naturaleza de la declaración del demandado es congruente con el documento policial presentado y comentado líneas arriba, pues ha señalado que en efecto se ausento de su domicilio conyugal, con conocimiento de su esposa (hoy demandante) de ahí que es razonable que se constatará y consignara que en un ropero había un espacio vacío y otro donde solamente se encontraban prendas de vestir femeninas, constatación que por su naturaleza indudablemente no ingresa al campo subjetivo del sentir y propósito del alejamiento del hogar conyugal por parte del demandado.

**NOVENO**: Que, en ese orden de ideas, se presenta en autos el supuesto de hecho que exige la aplicación del artículo 200° del Código Procesal Civil, por lo que debe confirmarse la venida en grado.

Fundamentos por los cuales, estando a los artículos invocados y conclusiones arribadas, **MI VOTO** es porque se **CONFIRME** la sentencia emitida mediante resolución número 18, de fecha doce de enero del dos mil veintiuno, que falla, **DECLARANDO INFUNDADA** la demanda de divorcio a fojas 9 a 14, subsanada a fojas 23 a 24, interpuesta por doña YANET NORMA TOMATEO VELASQUE por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo, por improbada. Y consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, archívese los presente actuados donde corresponda; sin costos ni costas del proceso; con lo demás que contiene y es materia de grado.

**S.S.**  
**CATACORA VILLASANTE**