

**UNIVERSIDAD NACIONAL
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
(SUSTENTACIÓN DE EXPEDIENTE JUDICIAL)
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR:
BACH. ERIKA MILAGROS ASENCIOS FLORES**

**ASESOR:
PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO**

BARRANCA, PERÚ

2022



DEDICATORIA

A Dios, por iluminar mi camino; a mi familia, por su apoyo incondicional, y a mi compañero de vida, por todos los momentos compartidos. Este informe ha sido posible gracias a ellos.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT	viii

CAPÍTULO I

RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1.1 Etapas procesales	1
1.1.1 Etapa de investigación preparatoria	1
1.1.1.1 Disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria	1
1.1.1.2 Disposición N° 04 - Precisión de hechos	4
1.1.1.3 Disposición de conclusión de investigación preparatoria	6
1.1.2 Sobre la prisión preventiva	7
1.1.2.1 Requerimiento de prisión preventiva	7
1.1.2.2 Acta de audiencia de prisión preventiva	12
1.1.2.3 Auto que concede recurso de apelación	14
1.1.2.4 Recurso de apelación.....	14
1.1.2.5 Resolución de vista de la causa.....	16
1.1.2.6 Requerimiento de prolongación de prisión preventiva	17
1.1.2.7 Auto de prolongación de prisión preventiva	18
1.1.3 Etapa intermedia	19
1.1.3.1 Requerimiento acusatorio.....	19
1.1.3.2 Integración al requerimiento de acusación.....	21
1.1.3.3 Sobreseimiento planteado por la defensa técnica del imputado.....	22
1.1.3.4 Auto de enjuiciamiento	23
1.1.4 Etapa de juzgamiento	23
1.1.4.1 Sentencia (primera etapa decisoria)	23
1.1.5 Etapa impugnatoria	27
1.1.5.1 Recurso de apelación.....	27
1.1.5.2 Recurso que concede recurso de apelación.....	28
1.1.5.3 Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones (segunda etapa decisoria).....	28

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1 Consideraciones generales del delito de violación sexual en estado de incapacidad o imposibilidad de resistir.....	31
2.1.1 Generalidades.....	31
2.1.2 Elementos del delito.....	32
2.1.2.1 Bien jurídico.....	32
2.1.2.2 Tipo objetivo.....	34
2.1.2.3 Conducta típica.....	37
2.1.2.4 Tipo subjetivo.....	39
2.1.2.5 Consumación.....	40
2.1.2.6 Agravante.....	42
2.1.2.7 Pena.....	42

CAPÍTULO III ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

3.1 Etapa de investigación preparatoria.....	44
3.2 Etapa intermedia.....	45
3.3 Sentencia de primera instancia.....	46
3.4 Etapa de segunda instancia.....	47

CAPÍTULO IV JURISPRUDENCIA

4.1 Exp. N° 134-94-Piura, del 21 de noviembre de 1994 - Sala Penal.....	48
4.2 Exp. N° 3029-93 del 10 de agosto de 1994 - Sala Penal.....	48
4.3 Casación N° 71-2012, Cañete del 20 de agosto del 2013 - Sala Penal Permanente.....	49
4.4 Casación N° 47-2012, Sullana del 06 de junio del 2013 - Sala Penal Permanente.....	50
4.5 R.N. N° 2501-2011, San Martín del 10 de enero del 2012 - Sala Penal Transitoria.....	50
4.6 Casación N° 591-2016, Huaura - Sala Penal Transitoria.....	50

4.7 Exp. 02324-2015-59 - Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa	51
4.8 Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116	52
4.9 Acuerdo Plenario N° 04-2015/CIJ-116.....	53
CONCLUSIÓN	54
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL

EXPEDIENTE : N° 01385-2018-0-1301-JR-PE-02

MATERIA : VIOLACIÓN SEXUAL DE PERSONA EN INCAPACIDAD
DE RESISTIR

IMPUTADO : FERNANDO PABLO SILVA CHATE

AGRAVIADA : Z.D.S.D. (15)

JUZGADO EN PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO PENAL COLEGIADO
SUPRAPROVINCIAL DE HUAURA

JUZGADO EN SEGUNDA INSTANCIA: SALA PENAL PERMANENTE DE
APELACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA

RESUMEN

El ilícito penal es considerado como un delito que atenta contra la indemnidad sexual, amparada en el ordenamiento jurídico, y se enfoca en el medio que emplea el agente con la violencia y/o la amenaza de peligro inminente para la vida e integridad del sujeto; es uno de los delitos que se comete con mayor frecuencia en el Perú y su tendencia va en aumento según estadísticas del INEI. El presente expediente materia del informe final está referido al delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación de persona en incapacidad de resistir, previsto y sancionado en el artículo 172, primer párrafo, del Código Penal, concordante con el artículo 46, inciso e), del Código Penal; la agraviada es la menor de iniciales Z.D.S.D. (13 años de edad); el investigado, imputado, acusado y sentenciado con pena efectiva y, posteriormente, absuelto, el ciudadano Fernando Pablo Silva Chate. Asimismo, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura fijó fecha y hora para la audiencia de juicio oral, que se instaló y se llevó a cabo en varias sesiones, y resolvió fallar por unanimidad y condenar a Fernando Pablo Silva Chate (43), imponiéndosele seis (06) años de pena privativa de libertad efectiva y fijándose por concepto de reparación civil el monto de S/ 3000.00 (tres mil con 00/100); la sentencia fue apelada por el condenado y en respuesta se declaró fundada la apelación y revocada la sentencia recurrida.

Palabras clave: Delito, violación sexual, incapacidad, resistencia.

ABSTRACT

This file, subject matter of the Final Report, refers to the crime against Sexual Liberty in the form of Rape of a person incapable of resisting, provided for and sanctioned in Article 172 – First Paragraph of the Penal Code, in accordance with Article 46 subsection e) of the Penal Code; having as aggrieved the minor of initials Z.D.S.D. (13 years old), and Citizen Fernando Pablo Silva Chate was investigated, accused, charged and sentenced with an effective sentence and subsequently acquitted; said criminal offense is considered a crime that violates sexual indemnity, protected by the legal system, and focuses on the means used by the agent with violence and/or the threat of imminent danger to the life and integrity of the subject, to seize the movable property, or as is the case matter of report. It is one of the crimes that is committed most frequently in Peru and its trend is increasing, according to INEI statistics, the most reported crimes are associated with crime against property and that in the last two years there has been an increase in cases of aggravated robbery in its various forms throughout the country. Likewise, the Supraprovincial Collegiate Criminal Court of Huaura set a date and time for the Oral Trial Hearing, which was installed and carried out in several sessions, resolving to unanimously convict Fernando Pablo Silva Chate (43), imposing six (06) years of effective deprivation of liberty, setting the amount of S/ 3000.00 (THREE THOUSAND WITH 00/100); judgment that was appealed by the convict, having as a response the appeal declared well founded and the appealed judgment revoked.

Keywords: Crime, rape, disability, resistance.

CAPÍTULO I

RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1.1 Etapas procesales

1.1.1 Etapa de investigación preparatoria

1.1.1.1 Disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria

Que el despacho de decisión temprana de la Fiscalía Provincial Penal de Barranca, mediante Disposición fiscal N° 01 de fecha ocho de mayo del dos mil dieciocho, dispone la formalización y apertura de investigación preparatoria contra Fernando Pablo Silva Chate, por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación de persona en incapacidad de resistencia, delito presto y sancionado en el primer párrafo del artículo 172 del Código Penal, en agravio de la adolescente de iniciales Z.D.S.D (15), debidamente representada por su madre doña Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva, considerando lo siguiente:

Que, de conformidad a lo establecido en el primer párrafo del artículo 60 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal, quien actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial.

- ❖ Que, conforme lo prevé el artículo 336 del Código Procesal Penal, si el fiscal de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que realiza, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado a los imputados y que, si fuera el caso, se ha satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria.

Describiendo los hechos como materia de investigación: “Fluye de las primeras diligencias que, siendo aproximadamente las 03:00 horas del día 06 de mayo del 2018, la persona de Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva salió de su domicilio para irse a trabajar como obrera al campo, por lo que, en su domicilio, ubicado en calle Las Gaviotas AA. HH. Nuevo Paraíso Mz. A, lote 08 del distrito de Pativilca, se quedaron durmiendo sus menores hijos, Fernanda (04) y Selemias (09), su hija adolescente de iniciales Z.D.S.D (15) y su esposo, Fernando Pablo Silva Chate. Según señala la adolescente de iniciales Z.D.S.D (15), siendo aproximadamente las 05:40 horas del día 06 de mayo, se encontraba de durmiendo sola, sintió un dedo dentro de su vagina, por lo que se despertó, encontrando que tres botones de su pantalón jean que llevaba puesto estaban abiertos, al encender la linterna de su teléfono celular lograr observar que en el suelo, agachado, se encontraba su padre, Fernando Silva Chate, quien se paró llorando y le dijo: “Discúlpame, no sé lo que me pasó”; luego le dijo: “No le digas a tu mamá lo que te he hecho, te doy cien soles, pero no le digas a tu mamá”.

Siendo las 13:00 horas del día 06 de mayo del 2018, la señora Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva, retornó a su domicilio luego de realizar sus labores en el campo, y advirtió que su hija Z.D.S.D. (15) se encontraba un poco preocupada y cabizbaja; sin embargo, aproximadamente a las 19:00 horas le preguntó a su hija qué era lo que tenía, optando inmediatamente en denunciar lo que había ocurrido.

Es así que al promediar las 22:08 horas, Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva se presentó ante la Comisaría de Pativilca, donde denunció los

hechos; ante estas circunstancias, el personal policial adscrito a la Comisaría de Pativilca se constituyó al domicilio de la denunciante, donde se intervino al padre de la menor agraviada.

Asimismo, como tipificación específica, el representante del Ministerio Público precisó que el hecho atribuido al imputado Fernando Pablo Silva Chate, se encuentra previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 172 del Código Penal, que tipifica el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación de persona en incapacidad de resistencia.

Teniendo como indicios relevantes de la existencia del delito investigado: a) Informe N° 17-2018-REG.PLN/DIVPOL-HUACHO-CIA-PTCA-SEINCRI; b) Acta de denuncia verbal N° 03 con registro 11582591; c) Ocurrencia de Calle Común N°101, con registro 11583356, d) Declaración de la denunciante Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva de fecha 06 de mayo del 2018; d) Declaración del testigo Félix Ernesto Padilla Morales de fecha 06 de mayo del 2018; e) Declaración de Fernando Pablo Silva Chate de fecha 08 de mayo del 2018; f) Acta de inspección técnico policial de fecha 06 de mayo del 2018; g) Acta de verificación domiciliaria de fecha 07 de mayo del 2018; h) Certificado Médico Legal N° 001231-L-DCLS de fecha 07 de mayo del 2018, i) Ficha SIDPOL, j) Ficha SIDPOL; k) Declaración de la menor de iniciales Z.D.S.D. (15) de fecha 07 de mayo del 2018.

- ❖ Disponiendo diversos actos de investigación: **a)** Recábase los antecedentes penales y judiciales del investigado Fernando Pablo Silva Chate; **b)** Recábase la declaración Vanessa Domínguez Álvarez, a efectos de que precise si tenía conocimiento que el investigado Fernando Pablo Silva Chate en oportunidades

anteriores habría realizado tocamientos indebidos en su menor hija Z.D.S.D (15) y otros datos que aporten al esclarecimiento de los hechos y determinar las responsabilidades del caso; c) Practíquese la evaluación psicológica a la menor agraviada Z.D.S.D (15); d) Se oficie a los Registros Públicos Filial Huacho-SUNARP a fin de que informe a este despacho fiscal sobre los bienes muebles e inmuebles que tenga el investigado Fernando Pablo Silva Chate; e) Se requiera a la Municipalidad Distrital de Pativilca informe si el investigado es trabajador de dicha comuna, el cargo que ostenta y el tiempo que viene laborando; f) Se practiquen las pericias que sean necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos y determinar la responsabilidad del imputado.

- ❖ Solicítese al juez del Juzgado de Investigación Preparatoria dicte la medida coercitiva de prisión preventiva contra el imputado Fernando Pablo Silva Chate.

1.1.1.2 Disposición N° 04 - Precisión de hechos

Que, conforme lo establece el numeral 1) del artículo 60 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal y actúa de oficio, a instancia de la víctima por acción popular o por noticia policial.

En tal sentido, el representante del Ministerio Público, a efectos de especificar los hechos imputados a Pablo Fernando Silva Chate, en hechos precedentes, concomitantes y posteriores, consignó como:

Hechos precedentes: Siendo aproximadamente las 03:30 horas del día 6 de mayo del 2018, la persona de Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva salió de su domicilio para irse a trabajar como obrera al campo, por lo que, en su domicilio, ubicado en Calle Las Gaviotas AA. HH. Nuevo Paraíso Mz. A, lote 08

del distrito de Pativilca-Barranca, se quedaron durmiendo sus menores hijos: Marilia Fernanda (04), Selemias (09), su hija adolescente de iniciales Z.D.S.D (15) y su esposo Fernando Pablo Silva Chate (44).

Hechos concomitantes: Primer hecho que, en el mes de marzo del 2014 (no recuerda la fecha) cuando estaba mirando televisión echada en el cuarto de Silva Chate, en la cama, este le tocaba su vagina, metía su mano por debajo de su ropa, por dentro de su calzón, le frotaba; y que de tiempo en tiempo, transcurrido como cuatro meses, Silva Chate volvía a tocarle en sus partes íntimas (vagina). En una fecha que no recuerda, le había dicho Silva Chate para tener relaciones con él, porque su mamá ya no le hacía, y la menor Z.D.S.D. (15) le dijo que ¡no! y que le dijo, que le iba a decir a su mamá, que los tocamientos realizados por Silva Chate a la menor Z.D.S.D. (15) siempre se han llevado a cabo en su casa, cuando no estaban sus hermanitos. Segundo hecho: según señala la menor de iniciales Z.D.S.D. (15), siendo aproximadamente las 05:40 horas del día 06 de mayo del 2018 en su domicilio, ubicado en la Calle Las Gaviotas AA.HH. Nuevo Paraíso Mz. A, lote 08 del distrito de Pativilca, Barranca, se encontraba durmiendo en su cuarto sola, todo estaba oscuro, cuando siente que le estaban tocando sus partes íntimas (su vagina) por debajo de su ropa, sintió la introducción de dos dedos dentro de su vagina, por lo que se despertó y levantó, encontrando que tres botones de su pantalón jeans que llevaba puesto estaban abiertos, al encender la linterna de su teléfono celular, logra observar que en el suelo, agachado, se encontraba su padre Fernando Pablo Silva Chate, quien paró llorando y le dijo: “Discúlpame, no sé lo que me pasó”; luego le amenazó diciéndole: “No le digas a tu mamá lo que te he

hecho, te doy cien soles, pero no le digas a tu mamá”, y luego le dijo: “Piensa en tu hermanita; si tú vas a denunciarme, también a ella le voy a hacer lo mismo”.

Hechos posteriores: Que, antes la menor Z.D.S.D. (15) no le decía nada a nadie porque tenía miedo de que Silva Chate lo hiciera, pero, antes se iba donde su abuela, y que ayer la amenazó, pero antes no le amenazaba, y que tenía miedo que a su hermana menor le haga algo. Siendo las 13:00 horas del día 06 de mayo del 2018, la señora Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva, retornó a su domicilio, luego de realizar sus labores en el campo, y advierte que su hija de iniciales Z.D.S.D. (15) se encontraba un poco preocupada y cabizbaja; sin embargo, lo que esta, en forma preocupada y asustada le indicó lo que su padre Fernando Palo Silva Chate (44), le había hecho, optando inmediatamente en denunciar lo que había ocurrido. Es así que al promediar las 22:00 horas, Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva se presentó ante la Comisaria PNP de Pativilca donde denunció los hechos, por lo que el personal policial de dicha comisaria se constituyó al domicilio ubicado en Calle Las Gaviotas AA.HH. Nuevo Paraíso Mz. A, lote 08 del distrito de Pativilca- Barranca, donde se intervino a Fernando Pablo Silva Chate (44), padre de la menor agraviada.

1.1.1.3 Disposición de conclusión de investigación preparatoria

Mediante Disposición N° 05-2018-MP-3°DI-FPPC-Bca, el representante del Ministerio Público dispone concluir la investigación preparatoria seguida contra Fernando Pablo Silva Chate, por la presunta comisión del delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia en agravio de la menor de iniciales Z.D.S.D. (15).

1.1.2 Sobre la prisión preventiva

1.1.2.1 Requerimiento de prisión preventiva

Conforme a lo establecido en el artículo 268, 269 y 270 del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público, requiere nueve (09) meses de prisión preventiva contra Fernando Pablo Silva Chate, por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 172 del Código Penal, en agravio de la adolescente de iniciales Z.D.S.D (15) debidamente representada por su madre Marilia Rosmery Domínguez. El representante del Ministerio Público, solicita que se dicte mandato de prisión preventiva por el plazo de siete meses, por cuanto es necesaria según los primeros recaudos la concurrencia de los siguientes presupuestos procesales:

Existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. El representante del Ministerio Público indicó que existirían fundados y graves elementos de convicción que vinculan al imputado como autor del delito de violación sexual, tales como:

- a) Informe N°117-2018-REG.PLN/DIVPOL-HUACHO-CIA-PTCA-SEINCRI, mediante el cual se da cuenta de las diligencias realizadas en atención a la denuncia interpuesta contrala el detenido.
- b) Acta de Denuncia Verbal N° 03 con Registro 11582591, respecto de la denuncia presentada por Marilia Rosmery Domínguez Alvarez por la presunta comisión del delito de violación sexual en agravio de su menor hija.

- c) Ocurrencia de Calle Común N° 101 con registro 11583356, respecto a la intervención realizada contra el detenido siendo las 22:10 horas del 06 de mayo del 2018 en su domicilio.
- d) Declaración de la denunciante Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva de fecha 06 de mayo del 2018; donde señala cómo toma conocimiento de los hechos denunciados y las acciones que tomó para denunciar los mismos.
- e) Declaración del testigo Félix Ernesto Padilla Morales de fecha 06 de mayo del 2018, quien detalla la forma y circunstancia en que fue intervenido el detenido.
- f) Declaración de Fernando Pablo Silva Chate de fecha 08 de mayo del 2018, quien niega los hechos indicando que en el día de los hechos aproximadamente a las 04:00 horas optó por entrar al dormitorio de su hija para preguntarle quien era la persona que había llamado a su madre, por lo que al ingresar a la habitación prendió la luz, mientras que su hija Z.D.S.D (15) se encontraba despierta, pero cuando le realizó la pregunta su hija no le respondió nada, como la menor estaba sin abrigo y hacía frío le cubrió el cuerpo con la frazada, siendo que su mano llega rozar con su cuerpo, optando por salir de la habitación.
- g) Acta de inspección técnico policial de fecha 06 de mayo del 2018, realizada en el lugar donde ocurrieron los hechos, donde se detallan los habitantes que se ubican en dicha morada.
- h) Acta de verificación domiciliaria de fecha 07 de mayo del 2018, signando como dirección en Calle Las Gaviotas AA. HH. Nuevo Paraíso Mz. A, lote 08 Pativilca.
- i) Certificado médico legal N°001231-L-DCLS de fecha 07 de mayo del 2018, en el cual el perito certifica que la menor agraviada presenta signo de lesiones

traumáticas externas recientes en región extra genital que amerita calificación médico legal, presenta signos de desfloración antigua, no presenta signos de actos contranatura, por lo que amerita atención facultativa por dos días e incapacidad moral de cuatro días.

- j) Ficha SIDPOL mediante el cual se tiene identificado plenamente al investigado.
- k) Declaración de la menor de iniciales Z.D.S.D (15) de fecha 07 de mayo del 2018, donde narra la forma y circunstancia en cómo su padre le realizó tocamientos y luego le introdujo su dedo en la vagina.

Que, la sanción a imponerse sea superior a cuatro (04) años de pena privativa de libertad. Para la imposición de la pena probable debe tenerse en cuenta la naturaleza y circunstancias del hecho, los medios probatorios, el bien jurídico afectado y los daños y perjuicios causados entre otros, valorizado el quantum de la pena y sin dejar atrás los eximentes y atenuantes que se presenten, basados todos ellos por criterios objetivos. Teniendo en consideración que el delito incriminado al imputado se subsume en la descripción típica del delito de violación de persona en incapacidad de resistencia.

El imputado en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad. Este peligro está relacionado a la posibilidad que los imputados se sustraigan de la acción de la justicia y no se pueda cumplir con los fines del proceso, es decir, el imputado por diversas razones se sustrae de la acción de la justicia, lo que en la investigación va a causar un grave perjuicio pues el imputado si bien está protegido por el derecho a la no incriminación tiene el deber de soportar las actuaciones procesales que se le exijan.

El representante del Ministerio Público establece el peligro de fuga, se tiene en cuenta que el detenido si bien en su declaración ha señalado que tiene un domicilio fijo, pero en dicho domicilio también vive la menor y la denunciante (madre de la menor); asimismo, el tipo penal sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad, pena que es grave lo que da a suponer que dándole libertad al imputado el detenido podría desaparecer de la provincia, y eludir su responsabilidad, por lo que la medida de prisión preventiva garantizará la presencia del procesado en el proceso penal instaurado. Sobre la magnitud del daño causado y la audiencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo, el daño en el delito de violación de la libertad sexual, tiene como bien jurídico protegido la libertad sexual el mismo que ha sido gravemente afectado por el detenido, lo cual se manifiesta en la pena establecida para este hecho delictivo, el cual sería como pena más bajo (tercio inferior) la de veinte años de pena privativa de libertad, más aún cuando el detenido en su declaración no habría asumido su grado de participación, con lo cual se puede colegir su negación a los hechos que se le atribuyen pese a lo vertido por la denunciante y las conclusiones arribadas en el Certificado Médico Legal. Sobre el peligro de obstaculización, al existir diligencias importantes pendientes de practicar, y al permitir los mismos la responsabilidad penal fehacientemente del detenido, es probable que el detenido no participe activamente y obstruya la obtención de elementos de convicción; asimismo, con dicha medida se pretende evitar la reiteración delictiva del imputado y no incurra en ulteriores delitos.

Proporcionalidad de la medida: Esto exige que la medida de intervención que afecta el derecho fundamental resulte idónea, necesaria y proporcional en

relación con el fin que se pretende alcanzar con dicha medida y supone llevar a cabo un examen pormenorizado de las razones que se esgrimen para suponer cada uno de los pasos del test de proporcionalidad: examen de idoneidad (la medida de prisión preventiva es adecuada para asegurar la presencia del imputado en el proceso penal y asegurar la aplicación de la sanción como resolución del conflicto penal), examen de necesidad (porque no existe una medida alternativa que asegure la presencia del imputado en el proceso penal, ni que asegure la aplicación de la sanción sobre todo si la sanción impuesta para los hechos denunciados supera los veinte años de pena privativa de libertad; examen de proporcionalidad en sentido estricto (la restricción de la libertad personal del detenido es imprescindible para que se pueda garantizar el normal desarrollo y resultado del proceso penal, más aún cuando se ha afectado la libertad sexual de una menor de edad, por lo que es justificable que se adopte la medida de prisión preventiva).

Duración de la prisión preventiva: Solicita la prisión preventiva contra el imputado Fernando Pablo Silva Chate por el plazo de nueve (09) meses, dado que dicho plazo resulta razonable, atendiendo a los diversos actos de investigación ordenados mediante la disposición de formalización de investigación preparatoria, etapa intermedia y especialmente en el juicio oral.

Debemos recordar que la prisión preventiva es una medida de carácter coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional que dicta el juez de la investigación preparatoria en contra de un imputado, en virtud de tal medida se restringe la libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal, motivos que deben considerarse por lo que podría darse a la fuga a fin de

evadir la sanción a imponérsele así como la acción de la justicia, por lo que solicitamos se conceda la prisión preventiva por el término de ley.

1.1.2.2 Acta de audiencia de prisión preventiva

A las 04:30 horas del día 09 de mayo del 2018, se constituyó el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de flagrancia de Barranca, de la Corte Superior de Justicia de Huaura, Segundo Abraham de la Cruz Paredes, para realizar la audiencia de prisión preventiva en el proceso número 1385-2018-28 seguido contra Fernando Pablo Silva Chate por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación de persona en incapacidad de resistencia, delito previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 172 del Código Penal.

Como verificación de la presencia de los intervinientes: se tiene al Ministerio Público representado por Jhon Valenzuela Aban, fiscal adjunto provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Barranca, con domicilio y casilla electrónica consignada en autos. Se tiene a la defensa particular del imputado, abogado Ignacio Francisco López Flores, con registro del Colegio de Abogados y domicilio procesal consignado en autos. Y se tiene al imputado Fernando Pablo Silva Chate, identificado con DNI N° 15757111 y demás datos generales de ley.

Asimismo, se tiene consignado el desarrollo de la audiencia, sobre los fundados y graves elementos de convicción, donde el representante del Ministerio Público procedió a oralizar y fundamentarlo; asimismo, se le corrió traslado a la defensa del imputado, y se llevó a cabo la réplica del fiscal y de la defensa del imputado. De igual manera, sobre la prognosis de pena, el fiscal oralizó el segundo

presupuesto; asimismo, el abogado defensor absolvió los fundamentos esbozados por el fiscal, y se efectuaron las réplicas para ambas partes. Sobre el peligro procesal, el Ministerio Público fundamentó el tercer presupuesto indicando que existe tanto peligro de fuga y de obstaculización, absolviendo la defensa técnica del imputado, y efectuándose las réplicas correspondientes. Sobre la proporcionalidad de la medida y la duración de la medida, el Ministerio Público oralizó ambos presupuestos, absolviendo ambos también la defensa técnica y efectuándose las réplicas correspondientes. Finalmente, el juez corrió traslado al imputado quien negó los hechos para luego oralizar y fundamentó el auto de prisión preventiva mediante resolución N° 02, de fecha 09 de mayo del 2018, donde finalmente resolvió declarar fundada la medida coercitiva de prisión preventiva solicitada por el representante del Ministerio Público contra el imputado Fernando Pablo Silva Chate por la presunta comisión del delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia en agravio de la menor de iniciales Z.D.S.D. (15), por el plazo de siete (07) meses, el mismo que se computa desde el 06 de mayo del 2018 y vencerá el 06 de diciembre del 2018. Ordenando el internamiento del imputado en el establecimiento Penitenciario de Huacho-Carquin. Oficiase a la comisaria del sector para su traslado y, oficiase al director del establecimiento penitenciario para su registro de internamiento. Teniéndose por notificado los sujetos procesales presentes. Asimismo, emitió la Resolución N°03 de fecha 09 de mayo del 2018, en el cual se tuvo por interpuesta el recurso de apelación contra la resolución N° 02, interpuesto por Fernando Pablo Silva Chate, por lo que se le concede el plazo de tres días para que lo fundamente al artículo 278 inciso 1 del Código Procesal Penal,

bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de tenerse por no presentado y archivarse el impugnatorio.

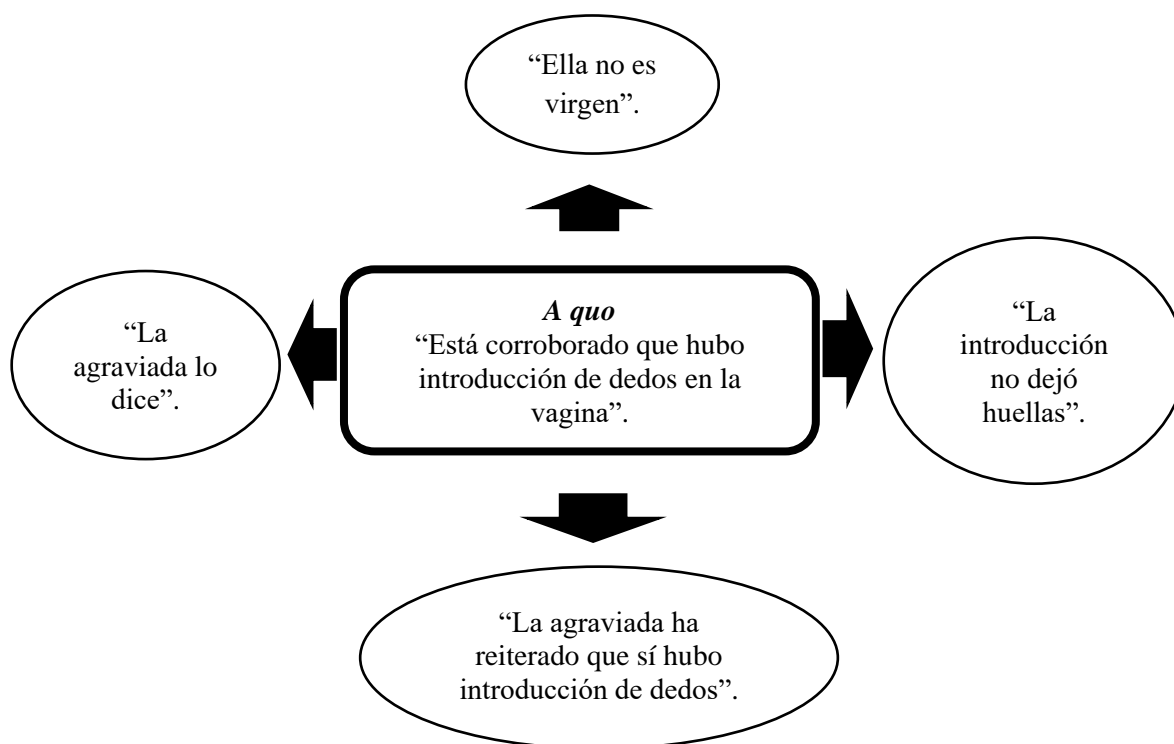
1.1.2.3 Auto que concede recurso de apelación

Habiéndose concluido la audiencia de prisión preventiva el día 09 de mayo del 2018, con la conformidad por parte del representante del Ministerio Público y con la interposición del recurso de apelación por parte de la defensa del imputado, es que el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, flagrancia, OAF, y CEED de Barranca, concedió el plazo de tres días para que lo fundamente conforme al artículo 278, inciso 1), del Código Procesal Penal, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de tenerse por no presentado y archivarse el impugnatorio.

1.1.2.4 Recurso de apelación

Habiendo el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Flagrancia de Barranca, de la Corte Superior de Justicia de Huaura, emitido la Resolución N° 03 de fecha 09 de mayo del 2018, la defensa técnica del imputado presentó su escrito de recurso de apelación de fecha 14 de mayo del 2018 dentro del plazo otorgado, contra el auto de prisión preventiva, solicitando su revocatoria, sosteniendo como fundamentos lo siguiente:

Sobre los fundados y graves elementos de convicción: no habría existido corroboración de que se introdujeran los dedos en la vagina de la menor, porque no se han encontrado lesiones recientes en esa zona, y el *a quo* descarta dicho cuestionamiento con los siguientes argumentos:



Por lo que se advertiría una motivación aparente por parte del *a quo*, para llegar a la conclusión de que "hubo introducción de dedos en la vagina"; cuando dice que no hay huellas de introducción de dedos en la vagina porque ella es virgen, esto deja notar que el *a quo* ha sustentado su decisión en un error propio de su razonamiento al analizar el caso, por lo que no se puede evidenciar la concurrencia del elemento objetivo del tipo penal "acceso carnal", y es que el *a quo* llega a la conclusión de que sí hubo acceso carnal partiendo de las premisas: "La agraviada dice que sí hubo introducción de dedos en la vagina" y "La agraviada ha reiterado que sí hubo introducción de dedos"; en ese sentido, se advierte que el *a quo* corrobora la versión de la agraviada con su propia versión y la reiteración de esta, pero no parte de otros elementos de convicción más allá de la sola sindicación de la agraviada; más aún: el certificado médico legal no lo corrobora, tampoco se advierte

de la declaración de la denunciante, quien refiere que la menor le dijo que su padre le hizo tocamientos.

Sobre la prognosis de la pena: El *a quo* refiere que la pena concreta se ubicaría en el tercio inferior, al no tener antecedentes penales y porque no se advierte ninguna circunstancia de atenuación privilegiada, que permita una pena inferior a seis (06) años de pena privativa de libertad. Sin embargo, en el presente caso existiría duda razonable, por lo que en un eventual juicio correspondería la absolución del procesado.

Sobre el peligro procesal: El fiscal no ha presentado ningún elemento de convicción que corrobore que la menor presente afectación emocional psicológica por el presunto hecho, asimismo no hay elementos de convicción que hagan advertir objetivamente que el procesado va a eludir la acción de la justicia o entorpecerla, por lo que el fiscal, como el *a quo*, ha esbozado presunciones en perjuicio del procesado, lo cual está prohibido conforme en la sentencia recaída en el Exp. N° 4780-2017-PHC/TC-Piura, por lo que este presupuesto tampoco se cumple y no estaría motivado.

1.1.2.5 Resolución de vista de la causa

Mediante Resolución N° 08 de fecha 4 de junio del año 2018, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura refiere que si se tiene en cuenta los criterios del Acuerdo Plenario N° 02-2005, existen elementos de convicción graves y suficientes, y que se estaría ante una medida cautelar, ya que se cuenta con la declaración de la denunciante, madre de la agraviada, la declaración de la agraviada, la declaración del procesado, quien no ha desconocido que se

encontraba en el lugar de los hechos; asimismo se tiene el certificado médico legal que señala lesiones traumáticas; más aún: si se trata de un delito grave, la pena largamente supera los cuatro años, argumentos por los cuales, resuelven por unanimidad confirmar la resolución número dos, de fecha nueve de mayo del año dos mil dieciocho, que declara fundada la medida coercitiva de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público contra Fernando Pablo Silva Chate, por el delito de violación de persona en incapacidad de resistencia, en agravio de la adolescente de iniciales Z.D.S.D por el plazo de siete (07) meses el mismo que se computa desde el 06-05-2018 y vencerá el 06-12-2018.

1.1.2.6 Requerimiento de prolongación de prisión preventiva

El representante del Ministerio Público solicita prolongación de prisión preventiva, por el plazo de tres meses dictada contra Fernando Pablo Silva Chate, por la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistir en agravio de la menor de iniciales Z.D.S.D (15 años).

Refiere que, mediante resolución N° 02 de fecha 09 de mayo del 2018, el juez de investigación preparatoria de turno de Barranca resolvió declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva, por el plazo de siete meses, disponiendo el internamiento en el establecimiento penitenciario de Carquin, computado desde la fecha de la detención del imputado (06 de mayo del 2018).

Indica que solicita la prolongación, por cuanto con fecha 15 de octubre del 2018 del 2018, se resolvió citar a audiencia de juicio oral, programada de carácter inaplazable la audiencia para el día 30 de noviembre del 2018, con carácter de

inaplazable, la mismo que se suspendió para su continuación para el día 13 de diciembre del 2018, por lo que subsisten circunstancias que importen una especial dificultad, ya que las sesiones de juicio oral se vienen prolongando, y estando a vísperas de vencer la medida de coerción de prisión preventiva, y a efectos de garantizar la presencia del imputado en las audiencias a llevarse a cabo, considera que resulta procedente lo requerido. Por el plazo de tres (03) meses adicionales.

1.1.2.7 Auto de prolongación de prisión preventiva

Mediante resolución N° 09, de fecha 03 de diciembre del 2018, el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, fija fecha y hora para la realización de la audiencia de prolongación de prisión preventiva por el plazo adicional de tres (03) meses, para el día cinco (05) de diciembre del 2018.

Con fecha 05 de diciembre del año 2018, el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Barranca refirió que subsiste el peligro de fuga y que, al ser remitidos los actuados el 15 de octubre del año 2018 al Juzgado Penal Supraprovincial de Huaura, para llevarse a cabo el juicio oral, programado para el día 30 de noviembre del año 2018; además, se tiene que la pena a imponerse es mayor a cuatro años, y estando en audiencia la Fiscalía requiere dos meses, más aun si el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial, por sus recargadas labores, ha programado audiencia para el día 13 de noviembre del año 2018.

1.1.3 Etapa intermedia

1.1.3.1 Requerimiento acusatorio

El representante del Ministerio Público requiere acusación con fecha 24 de agosto del 2018, en la causa instaurada contra el acusado Fernando Pablo Silva Chate (44) por la comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistir, conducta prevista y sancionada por el artículo 172 primer párrafo concordante con el artículo 46-e, ambos del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales Z.D.S.D (15). Identificados plenamente al procesado y a la parte agraviada, se describieron los hechos de la siguiente manera:

Hechos precedentes: Siendo aproximadamente las 03:30 horas del día 06 de mayo del presente año, la persona de Marilia Rosmery Domínguez Álvarez salió de su domicilio para irse a trabajar como obrera al campo, por lo que, en su domicilio, ubicado en Calle las Gaviotas AA.HH. Nuevo Paraíso Mz. A, lote 08 del distrito de Pativilca, provincia de Barranca, departamento de Lima; se quedaron durmiendo sus menores hijos Marilia Fernanda (04), Selemias (09) y su hija adolescente de iniciales Z.D.S.D (15) y su esposo Fernando Pablo Silva Chate (44).

Hechos concomitantes. Primer hecho: Que, en el mes de marzo del 2014 (no recuerda la fecha) cuando estaba mirando televisión echada en el cuarto de Silva Chate, en la cama, este le tocaba su vagina, metía su mano por debajo de su ropa, por dentro de su calzón, le frotaba; y que de tiempo en tiempo, transcurrido como cuatro meses, Silva Chate volvía a tocarle en sus partes íntimas (vagina). En una fecha que no recuerda, le había dicho Silva Chate para tener relaciones con él, porque su mamá ya no le hacía, y la menor Z.D.S.D. (15) le dijo que no y que le

dijo que le iba a decir a su mamá; que los tocamientos realizados por Silva Chate a la menor Z.D.S.D. (15) siempre se han llevado a cabo en su casa, cuando no estaban sus hermanitos.

Segundo hecho: Según señala la menor de iniciales Z.D.S.D. (15), siendo aproximadamente las 05:40 horas del día 06 de mayo del 2018 en su domicilio, ubicado en la Calle Las Gaviotas AA.HH. Nuevo Paraíso Mz. A, lote 08 del distrito de Pativilca, Barranca, se encontraba durmiendo en su cuarto sola, todo estaba oscuro, cuando siente que le estaban tocando sus partes íntimas (su vagina) por debajo de su ropa, sintió la introducción de dos dedos dentro de su vagina, por lo que se despertó y levantó, encontrando que tres botones de su pantalón jeans que llevaba puesto estaban abiertos, al encender la linterna de su teléfono celular, logra observar que en el suelo, agachado, se encontraba su padre Fernando Pablo Silva Chate, quien paró llorando y le dijo: “Discúlpame, no sé lo que me pasó”; luego le amenazó diciéndole: “No le digas a tu mamá lo que te he hecho, te doy cien soles, pero no le digas a tu mamá”, y luego le dijo: “Piensa en tu hermanita. Si tú vas a denunciarme también a ella le voy a hacer lo mismo.

Hechos posteriores: Que, antes la menor Z.D.S.D. (15) no le decía nada a nadie porque tenía miedo de que Silva Chate lo hiciera, pero, antes se iba donde su abuela, y que ayer la amenazó, pero antes no la amenazaba, y que tenía miedo que a su hermana menor le haga algo. Siendo las 13:00 horas del día 06 de mayo del 2018, la señora Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva, retornó a su domicilio, luego de realizar sus labores en el campo, y advierte que su hija de iniciales Z.D.S.D. (15) se encontraba un poco preocupada y cabizbaja; sin embargo, esta, en forma preocupada y asustada, le indicó lo que su padre Fernando Palo Silva

Chate (44), le había hecho, optando inmediatamente en denunciar lo que había ocurrido. Es así que al promediar las 22:00 horas, Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva se presentó ante la Comisaria PNP de Pativilca donde denunció los hechos, por lo que el personal policial de dicha comisaría se constituyó al domicilio ubicado en Calle Las Gaviotas AA.HH. Nuevo Paraíso Mz. A, lote 08 del distrito de Pativilca, Barranca, donde se intervino a Fernando Pablo Silva Chate (44), padre de la menor agraviada.

1.1.3.2 Integración al requerimiento de acusación

Con fecha 07 de setiembre del 2018, el representante del Ministerio Público, mediante escrito de integración de requerimiento acusatorio, indica que a la fecha de elaboración y presentación del requerimiento acusatorio no se había remitido el acta de nacimiento de la menor agraviada S.D.D., para ello, ya que con fecha 05 de setiembre del 2018, fue recepcionada con mediante Oficio N° 063-2018-RR.CC/MDP, por lo que, de conformidad con lo dispuesto con lo previsto en el artículo 351, numeral 3), del Código Procesal Penal, procedió a integrar y aclarar el requerimiento acusatorio presentado con fecha 24 de agosto del 2018.

Asimismo, mediante Resolución N° 03 de fecha 10 de setiembre del 2018, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria tiene por presentado lo requerido por el representante del Ministerio Público, previa oralización en la audiencia ya fijada mediante Resolución N° 01 de fecha 27 de agosto del 2018.

1.1.3.3 Sobreseimiento planteado por la defensa técnica del imputado

Con fecha 18 de setiembre del 2018, la defensa técnica del imputado formuló observación formal, solicitó sobreseimiento, formuló oposición a los medios probatorios de cargo y ofreció medios probatorios de descargo, de conformidad al artículo 06 y 350 del Código Procesal Penal.

Observación formal: Indicó que los hechos no se condicen con lo que el artículo 349 del Código Procesal Penal dispone, existiendo desorden e imprecisión de los supuestos hechos que se le imputan a Fernando Pablo Silva Chate, una que inicia el 06 de mayo del 2018 y otra del mes de marzo del 2014 y otra de una fecha imprecisa, por lo que solicita que el representante del Ministerio Público subsane.

Solicitud de sobreseimiento: Indica que el hecho de la causa no se realizó, porque no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, toda vez que el hecho atribuido se encuentra previsto en el primer párrafo del artículo 172 del Código Procesal Penal, concordante con el artículo 46-E del Código Penal.

Oposición a los medios probatorios de cargo: Toda vez que, no acreditaba los hechos que imputa el representante del Ministerio Público.

Ofrecimiento de medios probatorios: Ofreció a dos testigos y a un perito psicólogo de parte, y una documental.

Asimismo, mediante Resolución N° 04 de fecha 19 de setiembre del 2018, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Barranca dio cuenta y tuvo presente le escrito presentado por la defensa técnica del imputado, previa oralización en la audiencia programada.

1.1.3.4 Auto de enjuiciamiento

En audiencia, mediante Resolución N° 07 de fecha 25 de setiembre del 2018, el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Barranca declaró saneada la acusación y dispuso el enjuiciamiento, precisando la tipificación principal, la pena, la reparación civil, los medios probatorios admitidos e inadmitidos al Ministerio Público, se admitió e inadmitió los medios de pruebas ofrecidos por la defensa del acusado.

Se declaró inadmisibles las objeciones formuladas por la defensa del imputado en relación con el acta de nacimiento de la menor agraviada, se pone de conocimiento al Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura que la parte agraviada no se ha constituido en actor civil, que no existe tercero civil incorporado, existe circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, y el fiscal ha señalado que existe delito continuado con relación al primer hecho; asimismo, pone de conocimiento que se ha dictado prisión preventiva por el plazo de siete (07) meses, que vence el 06 de diciembre del 2018.

1.1.4 Etapa de juzgamiento

1.1.4.1 Sentencia (Primera etapa decisoria)

Mediante Resolución N° 08 de fecha 16 de enero del 2018, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura, por unanimidad falló: Condenar a Fernando Pablo Silva Chate como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor, ilícito previsto y sancionado en el artículo 176 primer párrafo y numerales 1) y 2) del segundo párrafo del Código Penal en agravio de la menor de iniciales Z.SD.S.D; en consecuencia, se le impone seis años de pena

privativa de libertad efectiva, y al pago de tres (S/ 3000.00) soles por concepto de la reparación civil, que será cancelado en ejecución de sentencia.

En sus considerandos 6.7 de la sentencia, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huará indicó que el delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia que se le imputa a Fernando Pablo Silva Chate, es porque el día 06 de mayo del 2018, a las 05:40 a.m., introdujo dos dedos dentro de la vagina de su menor hija Z.D.S.D, conforme a lo declarado por la menor agraviada; sin embargo, se tiene en primer lugar, que existe contradicciones en su declaración, en cuanto a este hecho, ya que en el plenario primero dice que estaba profundamente dormida y no sabe cómo siente que le tocaban sus partes íntimas, para posteriormente decir que en sus sueños sintió que le introducían dos dedos dentro de su vagina, por lo que tenemos que la menor utiliza dos verbos para referirse a los mismos hechos, “tocar” e “introducir” cuyo significado es diferente el uno del otro; para la RAE el verbo “tocar” significa ‘llegar a algo con la mano, sin asirlo’, mientras que “introducir” significa ‘meter o hacer entrar algo en otra cosa’, siendo el segundo el verbo rector del delito en cuestión. En este extremo la menor no ha sido contundente en su relato de los hechos; asimismo, se tiene la declaración de la perita Inés Rosalía Valdeiglesia Hidme, a quien la menor refiere que estaba en su cuarto durmiendo y no sabe cómo siente que le tocan y hace referencia a un solo dedo puesto que se expresa en singular y no en plural; y en el caso de la testigo Marilia Rosmery Domínguez, madre de la menor agraviada, refiere que toma conocimiento de los hechos que le sucedió a su hija porque ella misma la llama a las 05:40 de la mañana del día 06 de mayo y le dice que su papa había entrado a su cuarto, le había tocado su vagina y le había metido los dedos; en este caso, no se

precisa si fueron dos dedos, como lo ha sostenido la menor en su declaración brindada en el juicio oral; de lo que se infiere razonablemente que los hechos ocurridos en agravio de la menor Z.D.S.D. son tocamientos en sus partes íntimas por parte de su padre, mas no la introducción de los dedos dentro de la vagina.

Refiere que las documentales oralizadas consistentes en acta de denuncia verbal N° 03 con registro 11582591, que acredita que el 06-05-2018, Marilia Domínguez Álvarez pone de conocimiento la forma y circunstancias en que tomó conocimiento que su menor hija Z.D.S.D. había sido abusada por el acusado; así como la ocurrencia de Calle Común N° 101 con registro 1583356; el acta de inspección técnico policial de fecha 07-05-2018; acta de inspección técnico policial de fecha 07-05-2018; acta de nacimiento dela menor Z.D.S.D y Ficha de Reniec; sin embargo, no resultan suficientes para acreditar el delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, máxime si no se ha ofrecido como medio probatorio la pericia psicológica de la menor agraviada y tampoco existe la entrevista única en cámara Gesell, con lo cual se corrobore el delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia; en este caso tendría que corroborarse que realmente se introdujo los dedos dentro de la vagina de la menor.

Asimismo, refiere, en el considerando 6.8 de la sentencia, en cuanto a los tocamientos en sus partes íntimas, se tiene que la menor ha sido persistente en señalar que el día 06-05-2018, a las 05:40 a.m., cuando se encontraba dormida, sintió que le tocaban su vagina, al encender la linterna de su celular, vio a su padre que se encontraba agachado al lado de su cama, incluso ha narrado que al decirle a su padre que le iba a contar acerca de estos hechos a su madre, el acusado le ofreció cien soles para que no lo haga, pero que al insistir la menor en que le diría a su

madre, el acusado procedió a amenazarla diciéndole que si le dice a su madre le haría algo igual a su hermana menor. Esta versión se corroboraría con la declaración del mismo acusado, quien en su declaración en juicio oral dijo que el día 06-05-2018 a las 05:40 de la mañana, ingresó al cuarto de su hija para preguntarle quien era la persona que había llamado al celular de su esposa antes nada y que al voltearse la frazada se cayó al suelo, y procedió a taparla, y que al taparla tocó la espalda de la menor, es decir, que el acusado acepta haber estado en el lugar de los hechos, y a la hora de los hechos; asimismo, la perita Inés Rosalía Valdeiglesia Hidme señala que la menor le hizo referencia que antes de que naciera su hermanita, de tres años, su papá también le tocaba su parte íntima y una vez se subió encima de ella pero solo le tocaba y que en el 2015 le ofreció cien soles para tener relaciones sexuales con ella, lo que la menor agraviada no aceptó.

De igual manera, en el considerando 6.9 de la sentencia, el *a quo* indica que la versión del acusado en juicio oral es no creíble, ya que la llamada había sido para su esposa y no para la menor, quien, además, estaba durmiendo y no podía tener conocimiento de quién era la persona que había llamado a su madre, y en segundo lugar, el acusado sabía quién era la persona que llamó por cuanto tenía conocimiento de que su madre había entablado una relación con otra persona; tampoco es creíble porque el acusado en su declaración señaló que su esposa tenía una relación con una persona de ascendencia china y no tenía por qué involucrar a su hija en sus problemas conyugales.

En el considerando 6.10, el Colegiado advirtió que sí se ha cumplido con las garantías de certeza que establece el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 de fecha 30 de setiembre del 2005.

En el considerando 6.11 de la sentencia, refiere que en cuanto al delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, no se ha probado más allá de toda duda que el acusado haya introducido dos dedos dentro de la vagina de la menor agraviada; sin embargo, con la prueba tanto personal como documental, con la declaración de la menor, de la testigo en Marilia Domínguez Álvarez, la perita Inés Rosalía Valdiglesia Hidme, ha quedado probado que el acusado, aprovechando que la menor se encontraba dormida, le tocó sus partes íntimas, su vagina, habiendo propuesto el Ministerio Público una tipificación alternativa para estos hechos, lo que constituye un delito de actos contra el pudor, tipo penal previsto y sancionado en el artículo 176 primer párrafo del Código Penal.

Por lo que, finalmente, en el considerando 6.12 de la sentencia, indicaron que habría quedado demostrado la responsabilidad penal del acusado en el hecho que se le atribuye de manera alternativa, por lo que corresponde imponerle una sanción penal, toda vez que, la conducta desplegada por el imputado se encuentra prevista y sancionada en el artículo 176 primer y segundo párrafo del Código Penal; también debe considerarse para la dosificación de la pena a imponer que el delito ha sido consumado.

1.1.5 Etapa impugnatoria

1.1.5.1 Recurso de apelación

Con fecha 04 de febrero del 2019, la defensa técnica del condenado Fernando Pablo Silva Chate interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 08 de fecha 16 de enero del 2019, solicitando se REVOQUE en segunda instancia, y se declare la absolución del imputado, conforme a los siguientes fundamentos:

- ❖ Que habría contradicción existente en la narración de los hechos brindados por la supuesta agraviada.
- ❖ Se ha condenado sin pruebas científicas.
- ❖ No existen garantías de certeza que establece el Acuerdo Plenario N° 02-2005.

1.1.5.2 Recurso que concede recurso de apelación

Mediante Resolución N° 12 de fecha 12 de febrero del 2019, la Sala Penal Permanente de Apelación de la Corte Superior de Justicia de Huaura confiere traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días. Mediante resolución N° 14, de fecha 18 de marzo del 2019, la Sala Penal Permanente de Apelación de la Corte Superior de Justicia de Huaura cita a audiencia de juicio oral de segunda instancia.

1.1.5.3 Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones (Segunda Etapa decisoria)

Mediante Resolución N° 17, de fecha 19 de junio del 2019, la Sala Penal Permanente de Apelación de la Corte Superior de Justicia de Huaura resolvió declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado; en consecuencia, revocaron a la resolución número ocho, disponiendo la anulación de los antecedentes generados. Conforme a sus fundamentos 9,10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, y 22:

- ❖ El *a quo* ha tomado la declaración de la menor en juicio, y la considera como un relato sólido y coherente, y como corroboración objetiva la declaración

del perito médico y la declaración del propio imputado en juicio; pero estas declaraciones no pueden ser consideradas como datos objetivos, porque la corroboración no está directamente relacionada con las conclusiones del examen médico, sino con la data, el cual no viene a ser otra cosa que la referencia de la menor agraviada que da al momento de la evaluación; y porque la mayoría de la corte está de acuerdo en que la declaración del imputado es un medio de defensa y no una de prueba; a lo mucho, podría ser tomado como un indicio pero ello sucederá siempre y cuando tenga la idoneidad para ser considerado como tal y pueda concurrir con otros indicios adicionales interrelacionados y convergentes.

- ❖ Se advierte contradicción en lo vertido por la menor, en la data del certificado médico legal, y en la versión de Marilia Domínguez Álvarez.
- ❖ La menor ha narrado hechos anteriores por los cuales ha sido condenado el acusado, y de igual modo declaró en la data del certificado médico legal, donde estuvo acompañada de su madre; sin embargo, la testigo en juicio indicó que no le ha comentado de hechos anteriores, por lo que se evidencia circunstancias no corroboradas por su madre.
- ❖ No existe dato objetivo periférico que corrobore la versión de la presunta agraviada.
- ❖ No se realizó la entrevista en cámara Gesell y la evaluación psicológica debido a la incomparecencia de la menor y de sus padres.
- ❖ No se ha enervado la presunción de inocencia y estamos ante un caso de insuficiencia probatoria.

Con resolución N° 19 de fecha 18 de julio del 2019, el Colegiado Penal Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Huaura dispuso el archivo definitivo de los actuados y la anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hubiesen generado en el presente proceso; en consecuencia, cúmplase con lo ejecutoriado, y remítase los actuados a su juzgado de origen a fin de que procedan a su archivamiento definitivo.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Consideraciones generales del delito de violación sexual en estado de incapacidad o imposibilidad de resistir

2.1.1 Generalidades

El legislador, en el marco de las descripciones típicas, ha modulado la estructuración de la conducta prohibida conforme con las particulares condiciones que presenta la víctima y de acuerdo con la relación de poder que subyace entre el sujeto activo y pasivo; sin duda, la libertad sexual es el objeto a proteger penalmente, siempre y cuando la víctima tenga capacidad de autodeterminación sexual, que tenga la posibilidad de comprender la naturaleza y alcance del acto que está cometiendo; dicho discernimiento toma en consideración el legislador a efectos de dar por válido el consentimiento de la víctima, pues cuando se ha producido un vicio del consentimiento, cuando el ofendido ha sido coaccionado, engañado, se configura un quebramiento de la libertad sexual. En el caso anterior, la víctima, es una persona normal —goza de discernimiento—, pero al colocarla en un estado de inconciencia, se produce una perturbación de sus elementales sentidos que le impiden comprender el acto como tal, por lo que el legislador castiga con dureza dicha modalidad típica.

No todas las personas gozan de una estabilidad psíquica y/o emocional, pues algunos individuos padecen de ciertas enfermedades mentales, que inciden notablemente en la percepción de la realidad, una realidad desdibujada y distorsionada, que no les permite una real comprensión de su vida en sociedad; son individuos, entonces, que merecen una mayor protección estatal, en cuanto revelan

un estado de indefensión para con el resto del colectivo; por ello, el derecho penal les concede una tutela en el ámbito de su sexualidad, reprimiendo aquellas conductas que supongan una afectación a su intangibilidad sexual. Así, las personas que padecen dichas enfermedades son más vulnerables y, como víctimas, claramente disminuidas ante las posibles agresiones sexuales que puedan sufrir en manos de otro; en realidad, al no exigirse la violencia y/o amenaza grave como formas de ejecución delictiva, el fundamento de la punición no es de fácil justificación axiológica, pues no es el mismo caso de los menores, como se verá más adelante.

Este delito ha tenido varias denominaciones en el sistema penal, como delito de “violación presunta” delito de “violación con alevosía”, debido a que es cometida con deslealtad, traición, o simplemente delito de violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (Noguera, 2015). También se le llama “violación no resistida o impropia”, porque, en realidad, en este delito no existiría violencia física directa o grave amenaza en contra del sujeto pasivo, la violencia que despliega el agente está implícita en la manera subrepticia en que introduce drogas al organismo de la víctima para conseguir su propósito delictivo (Nieves, 2018).

2.1.2 Elementos del delito

2.1.2.1 Bien jurídico

El bien jurídico tutelado en este delito es la indemnidad o intangibilidad de los discapacitados mentalmente o de todos aquellos que se encuentran en un estado de incapacidad de defensa, que por su especial condición psico-física se

encuentran en estado de indefensión, que por su especial condición busca proteger de la manera más amplia posible la indemnidad sexual de las personas que se hallan incurso en casos de inimputabilidad o en situaciones semejantes a ella, o necesariamente se encuentren privadas de su libertad sexual al menos de modo total.

Al igual que para los menores de catorce años, el legislador ha estimado una negación del consentimiento; así, el ordenamiento jurídico les ha negado a ciertas personas, que presentan deficiencias y/o minusvalías mentales, la capacidad de autodeterminarse sexualmente, es decir, estas personas no tiene la posibilidad de realizarse sexualmente, pues si una expresa tipificación castiga a quien realiza un acto sexual con aquellas —sin mediar violencia ni amenaza grave—, es porque a estas personas no le reconoce el derecho de disponer de su esfera sexual, y es que el fundamento material del injusto penal no solo puede reposar en la condición de vulnerabilidad del sujeto pasivo, sino que su perpetración debe haberse realizado en abuso de dicha condición de “inferioridad”.

Arce (2010) afirma que en este delito el bien jurídico penalmente tutelado a través de esta figura es la libertad sexual. La víctima ha sido puesta en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir el acceso carnal y, por tal motivo, no puede prestar su consentimiento para tal actividad, por lo que la ley presume que la víctima se habría negado a prestar su consentimiento.

Nieves (2018) refiere que:

Se tutela penalmente la libertad sexual de la víctima. El plus de antijuricidad de este delito con respecto al tipo básico de violación sexual descrito en el primer párrafo del art. 170 de Código Penal, radica en el hecho de que el autor pone en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir al

sujeto pasivo. No cabe duda que esta forma de consumación entraña mayor menoscabo a la integridad psicofísica del agraviado debido a que el estado de indefensión en el que le coloca requiere el uso de violencia insidiosa o alevosa. (p. 95)

2.1.2.2 Tipo objetivo

Sujeto activo. Puede ser cualquier persona viva, hombre y/o mujer sin interesar su opción sexual, es decir, puede tratarse tanto de un acto sexual heterosexual como homosexual; si el sujeto activo es menor de 18 años, es un sujeto infractor de la norma penal, por lo que será procesado en la justicia de familia, y la sanción será una medida socio-educativa; si es también un enajenado, al igual que la víctima, la sanción será una medida de seguridad y no la pena, el hecho de que se trate de un sujeto inculpable, no lo enerva de poder desautorizar la vigencia fáctica de la norma, cuestión distinta de que no pueda responder penalmente por dicha contravención.

No podría serlo una mujer, porque al estar el hombre en estado de inconsciencia e incapacidad de resistir, no estaría en capacidad física plena de realizar el acto sexual u otro análogo; de recibo que este comentario importa un comentario brusco luego de la modificatoria producida por la Ley N° 28251 en estos injustos penales, pero de todas maneras es posible que a pesar del estado de inconsciencia del hombre (sueño) la injerencia de una determinada sustancia puede provocar la erección del miembro viril, por lo que sin lugar a dudas, puede realizarse el acceso carnal sexual, tanto con respecto a una mujer como a un hombre como sujeto activos del delito.

Más aún, puede ser que la mujer sea sujeto activo, cuando introduce en las cavidades anal y vaginal de una mujer, parte del cuerpo u objeto sustitutos del miembro viril, así como en la cavidad anal de un hombre, parte del cuerpo u objetos sustitutos, de tal forma que puede darse la violación convencional, así como la violación a la inversa (Reategui, 2022).

Sujeto pasivo. Puede serlo tanto el hombre como la mujer, pero con la condición especial que se trata de una persona que sufra de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental y/o que se encuentre en incapacidad de resistir; puede serlo también una prostituta enajenada, según lo previsto en el inciso 3) del artículo 241 del Código Civil, y constituye impedimento absoluto para contraer matrimonio, por padecer de una enfermedad mental crónica, aunque se tengan intervalos lúcidos; por lo que, en principio, las personas que sufren de enfermedades mentales crónicas, no pueden casarse, entonces, no pueden adquirir dicho estatus civil; lo dicho es muy importante a efectos de limitar el ámbito de incidencia del tipo objetivo, en cuanto a la gravedad de la enfermedad mental, pues tratándose de anomalías psíquicas que no han adquirido una grave perturbación de la conciencia, sí podrán casarse, por lo tanto, si pueden disponer de su esfera sexual.

Si el sujeto pasivo se encontrara en un estado de indefensión, a efectos de una acción previa del autor, y no se trata de un enajenado, la conducta será constitutiva de la figura delictiva del artículo 171 del Código Penal, y no del delito *in examine*. Así, Bramont-Arias y García, al sostener que el presupuesto de este delito es que el estado personal de la víctima sea anterior al momento en que se efectúe el acceso carnal y ajeno a la conducta del sujeto activo, es decir, que no haya sido provocado u ocasionado por él, porque en este caso estaríamos en el

supuesto del artículo 171 del Código Penal. Téngase en cuenta que en el artículo 172 del Código Penal, se habla de incapacidad de resistir, circunstancias que se deben a las condiciones personales de la víctima.

El agente no concurre a la violencia o amenaza, pero se diferencia en que el estado de incapacidad en que se halla la víctima, preexiste y es ajeno al autor, esto es, el estado de inconciencia en el articulado anterior obedece a un estado provocado por el propio autor del acceso carnal sexual, mientras que en este caso, el agente encuentra ya a su merced una víctima en estado de vulnerabilidad; el estado en que se encuentra el sujeto activo es tal que le hace difícil o casi imposible ejercer actos de defensa. El agente delictivo se limita a aprovechar la inferioridad psíquica de la víctima.

La condición de la víctima describe el tipo penal de un sujeto activo, cuya percepción de la realidad está imposibilitada, producto de los efectos de la enfermedad mental o de la alteración de la conciencia; no se hace referencia a cualquier alteración de la salud mental, sino solamente a la que priva de razón, es decir, de la total comprensión de las relaciones y significado de los hechos. No es suficiente una simple debilidad mental, alteración o deficiencias psíquicas leves, o falta de una perfecta salud mental, sino que es necesario que se trate, en sus características y en sus efectos, sobre la posibilidad de un juicio práctico sobre el acto, de un trastorno de las facultades semejante a los que producen la inimputabilidad delictiva. Dentro de este contexto, se podrían incluir todas las anomalías o deficiencias idóneas para perturbar las capacidades cognoscitivas, valorativas y ejecutivas del sujeto afectado, tales como la psicosis y oligofrenias

graves. Los casos que prevé la ley son los siguientes: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental, o incapacidad de resistir.

2.1.2.3 Conducta típica

El tipo penal comprende los elementos de configuración legal de un determinado delito, es decir, sus componentes objetivos, subjetivos, descriptivos y normativos (debe haber una plena confluencia entre los dos primeros para confirmar la tipicidad penal de la conducta incriminada). El tipo penal da cuenta de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y es indicio, pero no fundamento de la antijuricidad. Si una conducta es penalmente antijurídica es porque a su vez es típica; sin embargo, no necesariamente se da el caso inverso, pues el agente pudo haber cometido el acto lesivo amparado por una causa de justificación (precepto permisivo).

El proceso de subsunción típica es una de las principales garantías de un derecho penal constitucionalizado. El encuadramiento de la descripción fáctica de la denuncia a los alcances normativos de un tipo penal en particular debe proceder con arreglo al principio de legalidad. Esto significa que el operador jurídico no puede extender el ámbito de protección de la ley a un supuesto de hecho no previsto en la descripción típica de la figura delictiva, so pena de vulnerar el principio de la *lex scripta*, de modo que solo puede aplicarse una norma penal si es que la conducta incriminada cumple mínimamente con los presupuestos de tipicidad, tanto objetivos como subjetivos.

En la STC N° 00010-2002-AI/TC (2003), el Tribunal Constitucional estableció que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los

delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley. Por lo tanto, se prohíbe tanto la aplicación por analogía como el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. Ello de común idea con el principio consagrado en el art. III del Título Preliminar del CP, que proscribire la analogía en la interpretación normativa; conforme señala la doctrina, claridad y taxatividad son insoslayables condiciones para la seguridad jurídica. Esto implica, además, que se haya resuelto previamente qué conductas constituyen delitos y qué sanciones son aplicables en cada caso (Peña, 2021).

El artículo 171 del Código Penal establece que el que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años. En este tipo penal, la víctima no padece de enfermedad mental alguna, sino que es neutralizada en sus mecanismos de defensa a efectos de que se puede ejecutar el acceso carnal sexual.

Se trata de una situación en la cual la víctima comprende el significado del acto del que es objeto, pero no puede actuar su voluntad contraria y oponerse materialmente a la acción del autor; a diferencia de la hipótesis anterior, la víctima comprende el significado del acto, pero se encuentra incapacitada materialmente para expresar su voluntad opositora a los actos del sujeto activo; no se trata entonces de una voluntad anulada por completo, a causa de un estado de inconsciencia o de una imposibilidad de comprensión perceptiva.

La incapacidad de resistir es un estado psicofísico, que no ha sido generado por el autor, sino por una circunstancia concomitante, una situación a propia acción de la víctima o por un factor causal; si el autor encuentra ya en estado pleno de ebriedad y así abusa de ella sexualmente, se dará la tipificación penal en comento, pero si este le suministró una serie de fármacos en su bebida, para luego accederla sexualmente, la calificación jurídico-penal se remite a la del artículo 171 del Código Penal. Sin duda, el hecho mismo de colocar a la víctima en dicho estado es lo que le otorga un plus en el desvalor de la acción penalmente antijurídica; así, también, cuando el agente halla herida a su víctima, que fuera atropellada por un conductor negligente, estando en imposibilidad de resistir, pues se encuentra inconsciente, se dará la figura *in examine*.

2.1.2.4 Tipo subjetivo

Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica (Ragués, 2004). En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable; por ello, el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo injusto doloso frente al imprudente (Reategui, 2022).

Es un delito eminentemente doloso, de conciencia y voluntad de realización típica; es decir, el autor debe dirigir su conducta sabiendo los elementos que la convierten en típica, y no solo debe conocer el significado de su acción, en cuanto acceso carnal sexual, sino también, lo más importante, que se trata de una víctima

que padece de una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir. Es en estos elementos normativos del tipo penal donde existe la posibilidad provocar un error de tipo; en consecuencia, el tipo penal exige la concurrencia de un elemento subjetivo especial que comprende el conocimiento que debe tener el agente sobre el estado particular de su víctima, esto es, debe saber que sufre de anomalía psíquica, alteración grave de la conciencia, retardo mental, o incapacidad de resistir, y aprovecharse de este particular estado con la seguridad de no encontrar algún tipo de resistencia.

En tal medida, el agente debe tener conocimiento del estado mental, o de la incapacidad de resistencia del sujeto pasivo y, aun conociendo dicha circunstancia, dirige intencionalmente (deliberadamente) su acción a acceder sexualmente al sujeto pasivo, en las cavidades que se describen en el tipo objetivo de la descripción típica. El juez (eventualmente, con el concurso de los peritos psiquiátricos) investiga si la alienación mental de la víctima, por ejemplo, estaba al alcance del acusado, vale decir, si un profano podía darse cuenta; si este es el caso, el acusado no ha incurrido en una apreciación errónea del hecho.

2.1.2.5 Consumación

En cuanto a la plena realización típica de acuerdo a la estructuración semántica del tipo penal en cuestión, esta se dará cuando el agente (autor) accede parcialmente en las cavidades anal, vaginal y bucal de la víctima (hombre y mujer), o le introduce objetos o partes del cuerpo en las dos primeras vías, no es necesario que se produzca la eyacuación ni tampoco anidación. La tentativa sería difícil de delimitar en cuanto la modalidad típica no viene precedida ni por violencia ni por

amenaza —serían acaso los actos de seducción, caricias, etc.—, al establecerse que es un delito de resultado y, por lo tanto, debe admitirse la tentativa, pero debe considerarse en serio si dichos actos son de relevancia jurídico-penal, y si ya suponen un ingreso al ámbito de protección de la norma.

El delito de acceso sexual presunto se consuma en el mismo instante que se produce el acceso carnal sexual sobre la víctima que se encuentra en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir, el mismo que ocurre cuando comienza la penetración del pene en la cavidad vaginal, bucal o anal de la víctima. En lo que parece haber acuerdo es en que, a los fines consumativos del delito, no interesa que la penetración sexual sea perfecta, esto es, que haya habido eyaculación (*inmissio seminis o seminario intravas*: eyaculación en el cuerpo de la víctima). Es suficiente con la *inmissio penis* (penetración), aunque haya sido incompleta o parcial. El *coitus interruptus* (retiro del pene de la vagina antes de la eyaculación) supone ya la consumación delictiva. Tampoco importa que haya habido desfloración o goce genésico.

Es posible que el hecho quede en grado de tentativa, si el hecho ocurriera cuando el agente estando por iniciar el acceso sexual después de haber colocado a su víctima en la imposibilidad de resistir, es sorprendido por un tercero. Resulta importante tener en cuenta que solo habrá tentativa cuando el agente haya dado inicio al acceso sexual con actos materiales sin que haya logrado la penetración o acceso carnal (Salinas, 2015).

2.1.2.6 Agravante

Cuando el autor comete el delito, abusando de su profesión, ciencia u oficio, esto es, en prevalimiento (aprovechamiento) de un cargo que la confiere una posición de dominio con respecto a la víctima, como se sostuvo en el articulado antes analizado, no basta que el autor ostente el cargo, oficio u profesión, sino que este haya servido para acceder carnalmente a la víctima.

Una de las definiciones más claras e ideográficas sobre las circunstancias del delito es la aportada por Antolisei (2000), quien señalaba que “circunstancia del delito es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura.

2.1.2.7 Pena

La pena aplicable al infractor de este delito ha sido aumentada a no menos de cinco años de pena privativa de libertad y a no mayor de diez años mediante la modificación efectuada por la Ley N°26293; luego, con las modificaciones producidas por las Leyes N° 28251, 28704, y 30838, finalmente la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

El Gobierno promulgó la Ley N° 30838, publicada el 04 de agosto del 2018, que es la Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; en ese marco, el artículo 171 del Código Penal no ha cambiado en la tipicidad básica, solo se ha incrementado —como era de esperarse— la pena abstracta en función a la anterior tipicidad. Más bien se ha derogado expresamente

el segundo párrafo del artículo 171 del Código Penal, que preveía la siguiente descripción: “Cuando el autor comete este delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”.

Siempre ha sido una constante en el derecho penal sexual reprimir con mayor severidad a aquellas conductas donde el sujeto activo se aprovecha de determinados conocimientos y/o posición para acceder sexualmente a su víctima; es decir, el paciente, los clientes de una determinada profesión u oficio se acercan porque necesitan del servicio, y no obstante ello, el profesional, por ejemplo, lejos de aplicar su *lex artis*, da riendas sueltas a sus bajos instintos. La profesión o cargo, oficio se torna —lamentablemente— como el vehículo facilitador para lograr el acercamiento físico y hasta efectivo con la posible víctima. Sobre todo, los facultativos, enfermeros, obstetras, etcétera, que trabajan en el campo de salud, proveen a sus pacientes de una serie de fármacos o sustancias que pueden provocar un estado de inconsciencia, de tal suerte que eliminan cualquier posibilidad de defensa, a fin de dar lugar a la conducta prohibida normativamente (Reategui, 2022).

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

3.1 Etapa de investigación preparatoria

La Fiscalía formaliza la investigación seguida contra Fernando Pablo Silva Chate por el delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, previsto y sancionado en el artículo 172 del Código Penal, en agravio de la adolescente de iniciales Z.D.S.D (15), debidamente representada por su señora madre Marilia Rosmery Domínguez Álvarez de Silva, y dispone diversos actos de investigación, tales como la declaración de la madre de la adolescente, la entrevista en cámara Gesell de la adolescente, entre otros.

Asimismo, el representante del Ministerio Público, debido a que existen graves y fundados elementos de convicción, peligro procesal, requiere prisión preventiva contra el investigado ante el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Flagrancia de Barranca, de la Corte Superior de Justicia de Huaura, el mismo que, previa audiencia fundada la medida coercitiva de prisión preventiva, por el plazo de siete (07) meses, computada desde el 06 de mayo del 2018 hasta 06 de diciembre del 2018, ordena el internamiento del imputado en el establecimiento Penitenciario de Huacho-Carquin; asimismo la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, por unanimidad, resuelve confirmar la resolución número dos, de fecha nueve de mayo del año dos mil dieciocho, que declara fundada la medida coercitiva de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público contra Fernando Pablo Silva Chate, por el delito de violación de persona en incapacidad de resistencia, en agravio de la adolescente de iniciales

Z.D.S.D, por el plazo de siete (07) meses, que se computa desde el 06-05-2018 hasta el 06-12-2018.

3.2 Etapa intermedia

El representante del Ministerio Público requiere acusación contra Fernando Pablo Silva Chate, como pretensión principal: en su condición de autor por la presunta comisión del delito de violación de persona en incapacidad de resistencia, previsto y sancionado en el artículo 172 primer párrafo del Código Penal, concordante con el artículo 46-E del mismo articulado, en agravio de la adolescente de iniciales Z.D.S.D, donde solicita como pena 33 años y 4 meses de pena privativa de libertad, y el pago de una reparación civil ascendente a S/ 5 000.00 soles, que deberá pagar a favor de la adolescente de iniciales Z.D.S.D, representada por su señora madre Rosmery Domínguez Alvarez de Silva. Para ello, ofrece como medios probatorios la declaración de la madre de la adolescente, la declaración de la adolescente agraviada, la declaración del PNP Felix Ernesto Padilla Morales, y la declaración de la Perito Ines Rosalia Valdeiglesia Hidme, así como diversos documentos que serán actuados en juicio oral. Y como pretensión alternativa, en su condición de AUTOR por la presunta comisión del delito de actos contra el pudor, previsto y sancionado en el artículo 176 primer párrafo y segundo párrafo, inciso 1), y 2) del Código Penal, en agravio de la adolescente de iniciales Z.D.S.D, donde solicita como pena privativa de libertad 07 años de pena privativa de libertad, y el pago de una reparación civil ascendente a S/ 5000.00 soles que deberá pagar a favor de la adolescente de iniciales Z.D.S.D, representada por su señora madre Rosmery Domínguez Alvarez de Silva. En esta etapa cabe resaltar que el representante del

Ministerio Público, integró su requerimiento acusatorio, precisando mucho más los hechos materia de acusación, y si bien en audiencia el abogado de defensa del imputado indicó solicitó sobreseimiento precisando que no existiría suficientes elementos de convicción para que se configure el delito de violación sexual en estado de incapacidad de resistir, sin embargo, el juzgado después del debate, resolvió emitir auto de enjuiciamiento.

3.3 Sentencia de primera instancia

El Colegiado Penal Supraprovincial de Huaura resolvió por Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura, y por unanimidad falló: Condenar a Fernando Pablo Silva Chate como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor, ilícito previsto y sancionado en el artículo 176 primer párrafo y numerales 1) y 2) del segundo párrafo del Código Penal en agravio de la menor de iniciales Z.S.D; en consecuencia, se le impone seis años de pena privativa de libertad efectiva, y al pago de tres (S/ 3000.00) soles por concepto de la reparación civil, que será cancelado en ejecución de sentencia;

Durante el desarrollo de todo el plenario no se ha precisado si tuvo lugar la introducción de dos dedos, como ha sostenido la menor en su declaración brindada en el juicio oral, de lo que se infiere razonablemente que los hechos ocurridos en agravio de la menor Z.D.S.D. son tocamientos en sus partes íntimas por parte de su padre, mas no la introducción de los dedos dentro de la vagina, y que de las documentales oralizadas, no resultan suficientes para acreditar el delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, máxime, si no se ha ofrecido como medio probatorio la pericia psicológica de la menor agraviada y tampoco existe la

entrevista única en cámara Gesell con lo cual se corrobore el delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia; en este caso, tendría que corroborarse que realmente se introdujo los dedos dentro de la vagina de la menor.

Y con respecto a la tipificación alternativa, sí se advertirían las pruebas de lo manifestado por la menor en audiencia, más si el acusado en audiencia acepta haber estado en el lugar de los hechos, y a la hora de los hechos, por lo que el colegiado considera que sí se ha cumplido con las garantías de certeza que establece el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 de fecha 30 de setiembre del 2005.

3.4 Etapa de segunda instancia

Mediante Resolución N° 17 de fecha 19 de junio del 2019, la Sala Penal Permanente de Apelación de la Corte Superior de Justicia de Huaura resolvió declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado; en consecuencia, revocaron la resolución número ocho, disponiendo la anulación de los antecedentes generados, disponiendo la inmediata libertad del acusado. Sostuvieron que el relato de la adolescente agraviada no estaría relacionada directamente con las conclusiones del examen médico legista, y que la declaración del imputado es un medio de defensa y no una de prueba, por lo que deberá ser tomado como un indicio a lo mucho; asimismo, sostiene que sí habría contradicción entre lo vertido por la testigo Marilia Domínguez Álvarez y la data del certificado médico legal, por lo que no existe dato objetivo periférico que corrobore la versión de la presunta agraviada, más aún si no existe entrevista en cámara Gesell y una evaluación psicológica.

CAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA

4.1 Exp. N° 134-94-Piura, del 21 de noviembre de 1994-Sala Penal

No se requiere que el sujeto activo haga uso de la violencia, amenaza grave o le ponga en incapacidad de resistir. Si bien el procesado a lo largo de la investigación llevada a cabo reconoce esta imputación aduciendo que fue de mutuo acuerdo, sin embargo, debe precisarse que tenía conocimiento que padecía de retardo mental, como se puede ver del peritaje psiquiátrico que se le practicara, que el hecho de que la agraviada tenía veintisiete años de edad, no enerva la responsabilidad penal del encausado, encuadrándose por tanto su conducta en la previsión que contempla el numeral 172 del Código Penal. En este tipo de ilícitos no se tiene en cuenta el consentimiento que debe otorgar la agraviada ni su mayoría de edad, por lo que la sanción impuesta por el colegiado no guarda relación con la gravedad del delito, siendo pertinente y aplicable la penalidad correspondiente al infractor.

4.2 Exp. N° 3029-93 del 10 de agosto de 1994-Sala Penal

Momento en que se inicia el propio acto sexual o análogo. La forma y circunstancias en que fue sorprendido el encausado con la agraviada no constituyen la tentativa del delito de violación de la libertad sexual, sino el propio delito pues se trata del inicio de la ejecución materia de ese ilícito y su parcial consumación al existir cópula interrumpida. Estamos ante la modalidad que prevé el artículo 172 del Código Penal, ya que reúne todos los requisitos de la práctica del acto sexual, cometido con una menor que al momento de los hechos contaba con catorce años

de edad, que también presenta retardo mental como se desprende de las pericias psicológicas, situaciones que el propio juzgado ha tomado en consideración.

4.3 Casación N° 71-2012 Cañete del 20 de agosto del 2013-Sala Penal Permanente

Delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistir: cuestiones probatorias y elemento objetivo del tipo penal incapacidad de resistencia.

Luego de revisar la motivación de la decisión adoptada advertimos que el juicio de valor realizado en forma individual y aislado de las conclusiones de las pericias psicológicas y sus correspondientes ratificaciones en el juzgamiento, siendo el raciocinio lógico equivocado en relación al retardo mental y cuadro de esquizofrenia que padece la agraviada, lo cual determina que la sentencia de vista recurrida carece de una debida motivación, pues no expone de modo suficiente por qué soslayó valorar en conjunto todo el caudal probatorio y por qué solo estimó compulsar las pericias psicológicas actuadas en el plenario. No se requiere que el retardo mental sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representan las prácticas sexuales para que se perfeccione el delito antes citado, que admitir ello sería establecer que para la configuración del tipo penal, además del retardo mental que menciona este, debe ser regularmente intenso, lo cual sería añadir otro elemento objetivo que no prevé la norma penal.

4.4 Casación N° 47-2012 Sullana del 06 de junio del 2013-Sala Penal Permanente

Toda violación sexual de personas menores de catorce años de edad deberá ser tipificada dentro de los alcances del artículo 173 y no del artículo 172 del Código Penal.

4.5 R.N. N° 2501-2011 San Martín del 10 de enero del 2012 Sala Penal Transitoria

En los abusos sexuales de menores de 14 años que sufren retardo mental, el tratamiento jurídico no puede considerarse comprendido en el artículo 172 del Código Penal, sino en el artículo 173 del Código Penal.

4.6 Casación N° 591-2016 Huaura-Sala Penal Transitoria

La determinación de la responsabilidad penal se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta el déficit intelectual de la persona con discapacidad, además de los medios de prueba que aporten las partes.

La Ley N° 30838, que modificó el artículo 172 del Código Penal, introdujo el elemento normativo y descriptivo “libre consentimiento”; en ese sentido, la norma se ha adaptado a la convención sobre los derechos de las personas, y la aplicación de este dispositivo en concordancia con dicho instrumento normativo implica tener en cuenta que a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el

sujeto activo se prevalega de este conocimiento y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos, y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual —coincida bajo el modelo médico como retardo mental—, la que le impide prestar un libre consentimiento; d) el sujeto activo se prevalega de este consentimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos; y e) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual —conocida bajo el modelo médico como retardo mental—, la que le impide comprender y consentir la relación sexual, esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

4.7 Exp. 02324-2015-59-Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

Declaración del imputado no es medio probatorio porque no es fuente de prueba personal. Debe tenerse presente que, en el modelo inquisitivo, la declaración del imputado fue considerada como objeto, centralmente como objeto de prueba, de tal manera que era la principal fuente de información para probar el hecho punible imputado. Sin embargo, en el modelo procesal acusatorio el imputado es considerado como parte procesal (sujeto procesal); por consiguiente, la declaración del imputado es una expresión de voluntad contraria a la pretensión penal, la resiste; en efecto, la pretensión penal y la oposición deben generar un contradictorio coherente internamente que constituye el núcleo procesal. En ese orden, la declaración del imputado por regla general, no es considerada un medio probatorio dado que no es una fuente de prueba personal (puede ser fuente de prueba material), conforme a la naturaleza del hecho imputado, por ejemplo, para efectos de un

examen de ADN. En el caso la declaración de la imputada solo puede ser considerada como una expresión de su resistencia u oposición, de tal manera que no constituye fuente de prueba de la pretensión penal, pero tampoco constituye prueba de la resistencia, dado que en esta última no podría considerarse como un tema de prueba y a su vez considerarse como medio de prueba; lo contrario llevaría a incurrir en la falacia de petición de principio «lo que afirmo es verdad porque lo he afirmado».

4.8 Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116

Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. b) Verosimilitud. No solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. c) Persistencia en la incriminación. Con las matizaciones que se señalan en el literal d) del párrafo anterior.

4.9 Acuerdo Plenario N° 04-2015/CIJ-116

Una de las pruebas que se puede utilizar en los delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibilidad de testimonio. Esta se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos. En ese sentido, la valoración de este medio de prueba pericial, debe ser realizada de forma rigurosa, de ahí que el juez al evaluar al perito debe preguntar y verificar lo siguiente (Bustamante, 2004):

- a) El evaluado tiene capacidad para testimoniar;
- b) Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia;
- c) Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos;
- d) Puede mentir sobre los hechos de violación sexual; y
- e) Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

CONCLUSIÓN

1. La etapa de investigación preparatoria comprende la investigación preliminar y la investigación preparatoria; la primera, se inicia con una denuncia, informe policial o de oficio por el Ministerio Público, y en ella se recaban los primeros actos de investigación destinados a individualizar a los posibles responsables, entre otros; la segunda, investigación propiamente dicha, se inicia con la disposición de formalización de investigación preparatoria, la cual debe ser comunicada al juez de la investigación preparatoria, y tiene como fin reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.
2. La etapa intermedia es el intervalo que emerge luego de la conclusión de la investigación preparatoria hasta que se dicte el auto de enjuiciamiento o la resolución judicial de sobreseimiento, donde se determina si razonablemente se debe pasar o no a la etapa de juzgamiento, y tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral; esta fase inicia con la formulación de la acusación.
3. Finalmente, la etapa de juzgamiento se inicia con el auto de citación a juicio, y constituye la fase de preparación y realización del juicio oral, la que finaliza con la sentencia. Los principios que deben observarse, rectores del juicio oral, se encuentran previstos en el artículo 1390 bis 2 del Código de Comercio, y son los siguientes: oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración.

4. Sobre el expediente materia de este informe, se tiene que, en primera instancia, sí se consideró que existían medios probatorios suficientes para vincular al imputado con los hechos materia de acusación, pese a que no existían el acta de entrevista en cámara Gesell, ni un protocolo de pericia psicológica de la menor agraviada, toda vez que se tuvo la declaración del imputado en juicio, y esta fue valorada como prueba; sin embargo, la Sala Penal de Apelaciones consideró que la declaración del imputado no es una prueba como tal; asimismo, indicó que las pruebas actuadas en juicio no fueron suficientes para quebrantar la presunción de inocencia que le asiste al investigado, más cuando no existe pericia psicológica.
5. La prisión preventiva consiste en una medida cautelar personal inserta en un proceso penal, en cuya virtud se priva de libertad a un imputado en forma indefinida, sin que dicha privación constituya una condena o pena; en su artículo 268, el Código Procesal Penal peruano establece como requisitos mínimos para la prisión preventiva que el delito imputado sea grave (con sanción prevista mayor de cuatro años) y que exista peligrosísimo procesal (riesgo de fuga u obstaculización); sin embargo, de acuerdo a la Casación N° 626-2013 Moquegua, deben considerarse, además, otros requisitos.
6. La prolongación de prisión preventiva tiene como prerrequisito el agotamiento del plazo y la necesidad ulterior de requerirse más tiempo para cumplir con los fines del proceso y evitar que este se perjudique por un mal uso de la libertad por el propio imputado preso preventivo; para ello, el artículo 274 del Código Procesal Penal establece que deben concurrir circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el

imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria; asimismo, se establece que el plazo de la prisión preventiva podrá prolongarse para los procesos comunes hasta por nueve (09) meses adicionales, y para los procesos complejos hasta dieciocho (18) meses adicionales, y para los procesos de criminalidad organizada, hasta doce (12) meses adicionales.

7. Asimismo, se tiene amplia jurisprudencia nacional, en la cual se ha establecido que, para los delitos de incapacidad de resistir, no se requiere que el sujeto activo haga uso de la violencia, amenaza grave o le ponga en incapacidad de resistir; asimismo, se estableció que el retardo mental sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representan las prácticas sexuales para que se perfeccione el delito antes citado, que admitir ello sería establecer que para la configuración del tipo penal, además del retardo mental que menciona, este debe ser regularmente intenso, lo cual añadiría otro elemento objetivo que no prevé la norma penal.
8. Finalmente, existe jurisprudencia en la cual se estableció que en los abusos sexuales de menores de 14 años que sufren retardo mental, el tratamiento jurídico no puede considerarse comprendido en el artículo 172 del Código Penal, sino en el artículo 173 del Código Penal; y que la determinación de la responsabilidad penal se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas de rigor, las que deben tener en cuenta los déficit intelectuales de la persona con discapacidad, además de los medios de prueba que aporten las partes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arce, M. (2010). *El delito de violación sexual. Análisis dogmático, jurídico-sustantivo y adjetivo*. Themis.
- Arias, B. & García, M. (2016). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Rodas.
- Bustos, J. (2007). *Manual de derecho penal*. Themis.
- Caro, J. (2016). *SUMMA PENAL Toda la jurisprudencia vinculante, relevante y actual en un solo volumen*. Nomos & Thesis EIRL.
- Castillo, L. (2018). *Tratados de los delitos contra la libertad*. Grijley.
- Código Penal. (1991, 4 de abril). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Noguera, I. (2015). *Violación de la libertad e indemnidad sexual*. Grijley
- Nieves, A. (2018). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Estudio dogmático y jurisprudencial*. AC Ediciones.
- Peña, A. & Salas, C. (2011). *La teoría del delito y la teoría del caso en el proceso penal*. Pacífico S.A.C.
- Peña, A. (2008). *Derecho penal. Parte especial. Tomo I*. Moreno S.A.
- Ragués, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 13-26. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i4.15029>
- Salinas, R. (2005). *Delitos de acceso carnal sexual*. IDEMSA.
- Urquiza, J. (2005). *Jurisprudencia penal*. Jurista Editores.

**UNIVERSIDAD NACIONAL
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
(SUSTENTACIÓN DE EXPEDIENTE JUDICIAL)
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR:
BACH. ERIKA MILAGROS ASENCIOS FLORES**

**ASESOR:
PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO**

BARRANCA, PERÚ

2022



DEDICATORIA

A Dios, por iluminar mi camino; a mi familia, por su apoyo incondicional, y a mi compañero de vida, por todos los momentos compartidos. Este informe ha sido posible gracias a ellos.



ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE CIVIL	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT	viii

CAPÍTULO I

RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1.1 Etapas procesales	1
1.1.1 Demanda de divorcio por causal	1
1.1.2 Resolución que declara inadmisibile la demanda	3
1.1.3 Auto admisorio.....	4
1.1.4 Contestación de la Fiscalía y devolución de notificación	5
1.1.5 Sobre la nulidad	6
1.1.6 Contestación y reconvención	12
1.1.7 Admisibilidad.....	15
1.1.8 Contestación de la reconvención.....	17
1.1.9 Puntos controvertidos.....	21
1.1.10 Audiencia de prueba.....	23
1.1.11 Sentencia	25
1.1.12 Recurso de apelación.....	35
1.1.13 Auto que concede la apelación.....	38
1.1.14 Auto que declara la ejecutoriada	39

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 La familia	44
2.2 El matrimonio	46
2.2.1 Definición.....	46
2.2.2 Naturaleza jurídica	48
2.2.3 Característica del matrimonio	50
2.2.4 Importancia del matrimonio.....	51

2.2.5 Fines del matrimonio	51
2.2.6 Deberes y derechos que nacen del matrimonio.....	52
2.3 El divorcio.....	54
2.3.1 Concepto de divorcio	54
2.3.2 Teoría sobre el divorcio	55
2.3.3 Causales del divorcio	56
2.3.4 Efectos del divorcio	58
2.4 El abandono de hogar o casa conyugal	59
2.4.1 Concepto	59
2.4.2 Causal de abandono injustificado de la casa conyugal	59
2.4.3 Elementos concurrentes del abandono de hogar	60

CAPÍTULO III

JURISPRUDENCIA

3.1 El divorcio por separación de hecho	62
3.2 Requisitos de la separación de hecho.....	63
3.3 Efectos legales de la separación de hecho.....	63
3.4 Cuestiones procesales de la separación de hecho en el Código Civil peruano	64
3.5 El divorcio por causal de adulterio.....	66
3.6 Abandono conyugal y/o abandono injustificado.....	67
3.7 Abandono injustificado: acreditación	68
3.8 El alejamiento basta para constituir abandono como causal de divorcio.....	68
3.9 Abandono injustificado: configuración.....	68
3.10 ¿Cuándo se entiende que desaparece el carácter injustificado del abandono de la casa conyugal?.....	69

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

4.1 Etapa postulatoria.....	70
4.2 Calificación de la demanda	70
4.3 Contestación de la demandada	71
4.4 Contestación del Ministerio Público	72

4.5 Saneamiento procesal.....	73
4.6 Sentencia de primera instancia.....	74
4.7 Sentencia de segunda instancia.....	77
CONCLUSIÓN.....	80
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82



DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE CIVIL

EXPEDIENTE : N° 00106-2014-0-0201-JR-FC-01

MATERIA : DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

DEMANDANTE : QUITO PINEDA, PEDRO

DEMANDADO : RAMÍREZ SERPA, GLORIA

JUZGADO EN PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO DE FAMILIA
TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ÁNCASH

JUZGADO EN SEGUNDA INSTANCIA: SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ÁNCASH

RESUMEN

En el Perú, se reconoce la institución del “divorcio pleno” desde 1930. El actual sistema jurídico peruano diferencia entre la separación personal o divorcio relativo, que, en un primer momento, no disuelve el matrimonio, y el divorcio vincular o absoluto, que implica el decaimiento del vínculo matrimonial. El artículo 333, incisos 1 al 12, del Código Civil de 1984 vigente, en cuyos supuestos se basa este informe, determina las causales por las cuales se puede promover una demanda de divorcio. En este marco, en el expediente materia del presente informe, se tiene como demandante a Pedro Alejandro Quito Pineda y como demandada a Gloria Ramírez Serpa, por divorcio por causal de separación de hecho y otros. En el fallo de primera instancia se declara fundada la demanda interpuesta por don Pedro Alejandro Quito Pineda contra doña Gloria Ramírez Zerpa en todos sus extremos. En la sentencia de vista de segunda instancia, se decide revocar la sentencia y, reformándola, se declara carente de objeto efectuar pronunciamiento alguno sobre el divorcio por la causal de separación de hecho. La separación de hecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 319 del Código Civil, procede en la liquidación en la ejecución de sentencia de los bienes adquiridos dentro de la sociedad de gananciales de la familia Quito Ramírez, sin perjuicio de incluir, en caso hubiera, los no contemplados en el proceso. Así, fijaron por concepto indemnizatorio a favor de la cónyuge demandada-reconviniente, Gloria Ramírez Zerpa, la cantidad de cinco mil y 00/100 soles (S/ 5 000.00 soles), monto que deberá pagar el demandante reconvenido, Pedro Alejandro Quito Pineda.

Palabras clave: Divorcio, vínculo matrimonial, liquidación.

ABSTRACT

In this case file, which is the subject of the report, Pedro Alejandro Quito Pineda is the plaintiff, and Gloria Ramírez Serpa is the defendant, for divorce due to de facto separation and others. In the ruling of first instance, the lawsuit filed by Mr. Pedro Alejandro Quito Pineda against Mrs. Gloria Ramírez Zerpa was founded in all its extremes. In a judgment of second instance, it was decided to revoke the sentence and reforming it, they declared that it was devoid of purpose to make any pronouncement on the divorce on the grounds of de facto separation. The de facto separation in accordance with the provisions of article 319 of the Civil Code, proceed to the liquidation in execution of the sentence and the assets acquired within the community of the Quito Ramírez Family, without prejudice to including, if any, those not contemplated in this process. They set the amount of five thousand and 00/100 soles (S/. 5,000.00 soles) for compensation in favor of the defendant-reconvenient spouse Gloria Ramírez Zerpa, an amount that the counterclaimed plaintiff Pedro Alejandro Quito Pineda must pay, they confirmed in the rest that it contains. This figure has been regulated in the Civil Code of 1852, in the Divorce Law of 1930, No. 7814, in the Civil Code of 1936 and in the Civil Code of 1984. In Peru the institution of "full divorce" is recognized, only since 1930. Our current legal system differentiates between personal separation or relative divorce, which initially does not dissolve the marriage, and binding or absolute divorce, which implies the decay of the marriage bond. Article 333, paragraphs 1 to 12 of the Civil Code of 1984 in force, determines the grounds for which a divorce claim can be filed. On this occasion we will focus on the assumptions contained in subsections 1 and 12 of the preceding article.

Keywords: Divorce, marriage bond, liquidation.



CAPÍTULO I

RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1.1 Etapas procesales

1.1.1 Demanda de divorcio por causal

Pedro Alejandro Quito Pineda, identificado con DNI N.º 31602856 y con domicilio en Urbanización Nueva Esperanza s/n en el distrito y provincia de Huaraz, interpone demanda de divorcio por causal —separación de hecho— contra Gloria Ramírez Zerpa, solicitando se declare fundada.

1.1.1.1 Petitorio: Interpone demanda para que a través de una acumulación objetiva de pretensiones se declare:

- a) Pretensión principal: La disolución del vínculo matrimonial que me une con la demandada por la causal de separación de hecho.
- b) Pretensión accesoria: Se declare el fenecimiento del régimen de la sociedad de gananciales.

En cumplimiento del artículo 483 del Código Procesal Civil, cumplo con señalar que no reclamaré a la demandada pensión alimentaria alguna, ni solicito en esta vía la tenencia o patria potestad de nuestro hijo por tener mayoría de edad.

1.1.1.2 Fundamentos de hecho: Ampara su pedido conforme a los siguientes fundamentos.

- a) Del matrimonio: Con fecha 14 de agosto de 1977, contrajo matrimonio con la demandada ante la Municipalidad de San Marcos, provincia de Huari,

procreando a tres (03) hijos de nombres Roxana Jakelin Quito Ramírez, nacida el 03-04-1978, Elena Viviana Quito Ramírez, nacida el 29-05-1987; y Steffany Meggumy Quito Ramírez nacida el 04-06-1994.

Refiere que durante su vida conyugal la demandada adoptó conductas reprochables, y que, aprovechando su carácter pasivo y comprensivo le quitó la llave su casa, y del puesto comercial que funcionaba en el cercado central de la ciudad de Huaraz, dejándolo en la deriva en la calle sin entender que su única fuente de ingreso era el puesto comercial de venta de máquina de coser, repuestos y servicio técnico, con lo que proveía y sostenía la canasta familiar.

Refiere que vio la imposibilidad de hacer vida en común, sin tener acceso a la casa conyugal, “opté por retirarme forzosamente dando por terminado de tener una familia sólida”, conforme se acreditaría con la denuncia de abandono de hogar interpuesto por el recurrente y que hasta la fecha se encuentran separados con la demandada.

Desde el día en que se separó a la fecha han transcurrido más de tres años razón suficiente para invocar el divorcio por causal de separación de hecho, por lo que quedaría probado la imposibilidad de hacer vida en común con la demandante y en consecuencia justificada la separación de hecho.

- b) Del cumplimiento de las obligaciones alimenticias: Sus hijos son mayores de edad, conforme se acredita con las partidas de nacimiento adjuntas en la presente, y si bien su hija Estefany viene cursando estudios superiores, pero esta goza de todo el respaldo económico del recurrente.
- c) De los bienes adquiridos y deudas existentes: Existen bienes comunes de la sociedad conyugal que pueden ser materia de liquidación, entre ellas la

propiedad inmueble, inscrita en la SUNARP Zona Registral N° VII - Sede Huaraz, Partida 02000495, entre otros.

d) Medios probatorios:

- Acta de matrimonio.
- Denuncia de abandono de hogar de fecha 27 de noviembre del 2010.
- Denuncia de abandono de hogar de fecha 23 de noviembre del 2010.
- Acta de nacimiento de su hija mayor de edad.
- Acta de nacimiento de su hija Viviana.
- Acta de nacimiento de su hija Estefany.
- Copia literal emitida por la oficina de la SUNARP.

1.1.2 Resolución que declara inadmisibile la demanda

Mediante resolución n.º 01 de fecha 31 de enero del 2014, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz resolvió declarar improcedente la demanda interpuesta por Pedro Alejandro Quito Pineda, sobre divorcio por causal de separación de hecho. Por lo tanto, se le concede el plazo de cinco días a fin de que subsane las omisiones advertidas en la parte principal de la presente resolución. Aquello bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y ordenarse el archivo definitivo de la presente causa, toda vez que, de la revisión minuciosa de la demanda se advierte que el recurrente habrá obviado el lugar del último domicilio conyugal. A fin de determinar la competencia facultativa, conforme establece el inciso 2 del art. 24 del Código Procesal Civil, tratándose de nulidad de matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad; asimismo, según de lo dispuesto en el artículo 345-S del Código Civil: “Para invocar el supuesto del inciso 12 de artículo

333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo”. En el presente caso, el demandante no ha acreditado con ningún medio probatorio estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, o señalar que no existe tal obligación alimentaria.

1.1.3 Auto admisorio

Mediante escrito de fecha 18 de marzo del 2014, el abogado del demandante, Pedro Alejandro Quito Pineda, subsana las omisiones advertidas mediante resolución n.º 01, refiriendo que a) el último domicilio conyugal que tuvieron con la demanda se encontraba en la Urbanización Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira, distrito de Independencia, provincia de Huaraz, departamento de Áncash, domicilio que habita en la actualidad la demandada; y b) sobre la prestación de pensión de alimentos para con la cónyuge, nunca tuvieron acuerdo alguno, por el mismo hecho y la forma en cómo se separaron, no existe demanda alguna en la vía judicial ni extrajudicial.

Con resolución n.º 02 de fecha 12 de mayo del 2014, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz resolvió: “Téngase por cumplido el mandato contenido en autos, y déjese los autos en despacho a fin de emitir resolución correspondiente.

Finalmente, mediante resolución n.º 03 de fecha 20 de junio del 2014, el juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz resolvió admitir a trámite en la vía de proceso de conocimiento la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, interpuesta por Pedro Alejandro Quito Pineda contra Gloria Ramírez

Zerpa, y téngase por ofrecidos lo medios probatorios, agregándose a los autos los anexos acompañados y córrase traslado a la demandada así como a la Fiscalía Mixta de Independencia, por el término de treinta días para que absuelva, bajo apercibimiento de continuar con el proceso en su rebeldía.

1.1.4 Contestación de la Fiscalía y devolución de notificación

Mediante escrito de fecha 11 de julio del 2014, doña Gloria Ramírez Zerpa, se apersona en el presente proceso, designada la defensa técnica y domicilio procesal para futuras notificadas, y devolviendo la cédula de notificación que contiene la resolución n.º 03 de fecha 20 de junio del 2014, toda vez que habría encontrado dicha cédula de notificación bajo puerta, sin las copias de la demanda ni de sus anexos, con lo que se le recortaría su derecho de defensa, por lo que solicita que se le vuelva a notificar correctamente de acuerdo a ley, anexando la demanda completa y sus anexos.

Con resolución n.º 04 de fecha 16 de julio del 2014, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz resolvió no ha lugar lo solicitado en tanto que, de la constancia de notificación, que corre de fojas treinta y nueve a cuarenta, se observa que la recurrente ha sido notificada con la resolución número uno, más copia de demanda y anexos a fojas veintitrés.

Por otro lado, la fiscal provincial Gloria Luz Rocío Martell Díaz, mediante escrito de fecha 18 de julio del 2014, solicita al juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Familia de Huaraz, se apersona absolviendo el traslado de la demanda de divorcio por causal, solicitando se declare la misma fundada, indicando que el demandante en sus fundamentos del petitorio, específicamente en su numeral 2.1.6)

indica que desde el día que nos separamos a la fecha ha transcurrido más de tres años, razón suficiente para invocar el divorcio por causal de separación de hecho.

En ese sentido, le juez del Juzgado de Paz Letrado de Familia de Huaraz, mediante resolución n.º 05 de fecha 24 de julio del 2014, resolvió tiene por apersonada al proceso a Gloria Luz Rocío Martell Díaz en su calidad de fiscal provincial provisional civil y familia de Independencia; téngase por señalado el dominio procesal en el lugar que indica, y tener por contestada la demanda de la parte.

1.1.5 Sobre la nulidad

Sin embargo, con escrito de fecha 12 de septiembre del 2014, doña Gloria Luz Rocío Martell Díaz solicita se declare la nulidad de los actos procesales desde la notificación n.º 12627-2014 de fs. 40, que aparentemente notifica la resolución n.º 03 (mediante el cual admite la demanda) conjuntamente con la demanda y anexos, la misma que fue notificada bajo puerta con fecha 09-07-2014. Del mismo modo, mediante resolución n.º 04 de fecha 16 de julio del 2014, que declara no ha lugar “por cuanto la constancia de notificación, que corre de fojas 39 a 40, se observa que la recurrente ha sido notificada con la resolución número uno, más copia de la demanda y anexos” (fs. 23), la misma que no concuerda con la constancia de notificación conforme obra a fs. 39 a 40 como la constancia de notificación, los cuales no cumplen imperativamente con el objeto de notificación como con las formalidades del contenido y entrega de las cédulas de notificación al interesado, por lo que, al amparo de lo dispuesto en el art. 176 tercer párrafo del Código Procesal Civil, solicita que se declare la nulidad del acto procesal solicitado:

- a) Hecho que configura la causal de nulidad: la resolución que admite la demanda fue notificada mediante cédula de notificación n.º 027-2014 de fs. 40; pero como es de apreciarse de las notificaciones se ha transgredido las normas de notificaciones que son totalmente imperativas y claras no indicándose la recepción de las notificaciones conforme lo prescribe el artículo 158 numeral 1) y 4) del Código Procesal Civil, que establece: “El nombre y apellido de la persona a notificar o designación que corresponda y su domicilio, con indicación del carácter de este” y “transcripción de la resolución, con indicación del folio respectivo en el expediente y fecha y número del escrito a que corresponde, de ser el caso”; sin embargo, no se ha cumplido con ninguna de estas formalidades, sujetas al formato que fija el concejo ejecutivo del Poder Judicial en las mencionadas notificaciones a la demandada, conforme es de verse del aviso judicial como de la constancia de notificación n.º 12627 a fojas 40, en la que se advierte solo una notificación de la resolución n.º 03 y los anexos de la demanda que nunca se notificaron y no las demás resoluciones como es el uno y el dos y los demás anexos de la subsanación de la demanda, hecho que acarrea la nulidad evidentemente por cuanto la ley es imperativa al no haberse cumplido con lo dispuesto en el artículo 157 – notificaciones por cédula del Código Procesal Civil.
- b) Asimismo, el artículo 161 del Código Procesal Civil establece: “Si no pudiera entregarla, la adherirá en la puerta correspondiente a los lugares citados o la dejará debajo de la puerta, según sea el caso”. Por lo prescrito en la citada norma legal, indica que según sea el caso consideraba menor que se hubiera dejado en la puerta de acceso de la casa y/o adherirla en la puerta de acceso

correspondiente, y no en la puerta de la cochera en donde se encontró solo la resolución número tres y los anexos de la demanda, en donde además faltaban las demás piezas procesales incluidas las demás resoluciones, teniéndose en cuenta lo establecido en el artículo 157 del Código Procesal Civil, que todas las resoluciones judiciales, en todas las instancias deben ser notificadas y mediante cédula; por lo visto, no se han cumplido con lo que estipula en dicha, norma la misma que ha sido infringida al haberse notificado la resolución número uno tampoco la resolución número dos; por estas razones, deduce nulidad de los actos procesales hasta el aviso judicial presuntamente dejado, debiendo reponerse al estado que corresponda, debiéndose ordenar nuevamente la notificación adjuntando las resoluciones como los anexos de la demanda completa como el recurso de subsanación y los documentos adjuntados en ella. Debiendo notificársenos nuevamente en mi domicilio procesal con arreglo a las disposiciones legales como lo prescribe el código adjetivo, para cumplir con su objetivo de notificación, o, en su defecto, en mi domicilio consignado en mi documento nacional de identidad.

- c) Además, precisa que no solo no le notificaron la resolución número tres completo; más aún: cuando en el expediente obran más piezas procesales que debieron de haberse puesto a conocimiento con la finalidad de evitar futuras nulidades como el que se está planteando, y debe ser amparada legalmente con la finalidad de no recortarse el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de mis derechos con sujeción a un debido proceso.

Interés para pedir la nulidad: Refiere tener interés para pedir la nulidad, porque las notificaciones violan los principios procesales del código adjetivo al

haberse dado de manera irregular debido a que el auxiliar jurisdiccional, al cual se le comisionó no ha procedido con arreglo a ley, menos ha cumplido sus funciones. Aquello debido a no haber tenido en cuenta los objetivos de la notificación como las formalidades; en evidente perjuicio ya que afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y el debido proceso. En especial si se tiene en consideración no se ha tenido en cuenta la forma cómo se ha dejado las cédulas de notificación, ya que son a todas luces arbitrarias y controvertidas, conforme se puede apreciar en las constancias de notificación; por estas razones, deben declararse nulos los actos procesales, hasta el aviso judicial que obra a fojas 39, debiendo notificarse nuevamente con los anexos de la demanda. Todos completos y las demás resoluciones expedidas por su judicatura en esta instancia.

Sustento del pedido de nulidad: La presente solicitud de declaración de nulidad procesal se funda principalmente en el siguiente precepto legal: artículo I del Título Preliminar del Código Civil, que prescribe que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso y las demás normas señaladas en el presente recurso, ordenar se deje sin efecto la aprobación de liquidación.

Con resolución n.º 06 de fecha 17 de setiembre del 2014, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz, resolvió tener por deducida la nulidad, confiriendo traslado al demandante, a fin de que exprese lo conveniente en el plazo de tres días de notificada, de conformidad con el artículo 176 del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de resolverse con su absolución o sin esta.

Con escrito de fecha 09 de octubre del 2014, el demandante, Pedro Alejandro Quito Pineda, cumple con el traslado conferido mediante resolución

número seis, e indica que la demandada sí ha sido notificada válidamente no solo de la resolución tres sino más una copia de la demanda y de los anexos, y que lo que la demandante pretende es considerada como una mala práctica destinada a complicar o entorpecer el curso de la presente causa, asimismo indica que la demandante sí está válidamente notificada por cuanto se ha apersonado al proceso designando abogado defensor y señalando su domicilio procesal, por lo que bien pudo ejercer su derecho a la defensa, por lo que el acto procesal sí cumplió con su objetivo.

Finalmente, mediante resolución n.º 07 de fecha 13 de octubre del 2014, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz indicó que el principio de especificidad de la nulidad de los actos procesales señala que cuando la violación de una forma procesal o la omisión de un acto origina el incumplimiento del propósito perseguido por la ley puede dar lugar a la indefensión. Hecho que ha sido expuesto por la parte demandada a través del pedido de nulidad que se resuelven, ello teniendo en cuenta lo referido en el artículo 171 del Código Procesal Civil. En el referido artículo, se señalan las causales y la trascendencia de la nulidad, y que la jurisprudencia en sede de nulidades procesales ha establecido que estas suponen un estado de anormalidad del acto procesal. Lo cual origina la carencia de uno de sus elementos constitutivos o en vicios existentes judicialmente inválidos, como consecuencia de deficiencias efectivas surgidas en las desviaciones de las reglas del proceso, que pueden generar indefensión, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo n.º 155 del Código Procesal Civil. Por lo que la notificación judicial es aquel acto procesal cuyo principal objetivo es que las partes intervinientes en un proceso judicial tomen conocimiento de las resoluciones judiciales emitidas en el

marco del mismo, a fin que puedan hacer uso de su derecho de defensa, en el ámbito del proceso; asimismo, refiere que siendo la notificación procesal el acto por el cual las partes toman conocimiento del proceso, su observancia es de ineludible cumplimiento por ser una norma de orden público y una garantía de administración de justicia.

En ese sentido, de la revisión de autos, se advierte que mediante escrito de fojas cincuenta y siete a sesenta deduce nulidad de actos procesales, siendo su principal fundamento de su articulación que al momento de notificársele con la resolución número tres, demanda y anexos no se ha adjuntado la demanda ni los anexos, infringiéndose así las formalidades que la ley establece para que las notificaciones cumplan con su finalidad; siendo así se evidencia que se ha causado indefensión a esta parte, en tanto que al haber ignorado el contenido de las resoluciones indicadas precedentemente, así como de los anexos adjuntados a las mismas, ha ocasionado que su legítimo derecho de defensa se vea limitado. Siendo esta una razón suficiente para ser amparada la nulidad deducida. Por dichas consideraciones resuelve declarar fundada la nulidad deducida por la demandada Gloria Ramírez Zerpa, mediante escrito de fojas cincuenta y siete a sesenta. Consecuentemente declárese nulo el aviso judicial y el asiento de notificación corriente de fojas treinta y nueve a cuarenta, nula la resolución número cuatro, y, renovándose el acto procesal afectado, notifíquese a la demandada Gloria Ramírez Zerpa con la resolución número uno, dos escritos de subsanación y anexos, resolución número tres, demanda y anexos completos en su domicilio real señalado mediante escrito que corre a fojas cuarenta y cinco.

1.1.6 Contestación y reconvención

La demandada, Gloria Ramírez Zerpa, dentro del término de ley, absuelve el traslado de la contestación de la demandada y reconviene.

1.1.6.1 Sobre la contestación de la demandada

Refiere que sí contrajo matrimonio civil el 14 de agosto de 1977 con el demandante ante la Municipalidad de San Marcos de la provincia de Huari. Que sí procreó, como resultado de la relación conyugal, a sus hijos, siendo que las últimas de sus hijas (Elena Viviana Quito Ramírez y Steffany Meggumy Quito Ramírez) se encuentran estudiando en la Universidad. “Nos casamos porque había cariño y amor y no como indica el demandante; de lo contrario, ¿por qué se casaría?” En ese tiempo se encontraba embarazada de su hija mayor Roxana Jackeline Quito Ramírez. Es falso los cargos que se le atribuye en los fundamentos 2.1.4 de la ilusoria demanda, en el extremo de haber cambiado de personalidad, bajo los términos que indica; las ofensas no son mutuas, y que el ofensivo es el demandante conforme se encuentra corroborado con la denuncia realizada ante la Fiscalía Mixta de Independencia – Huaraz sobre las ofensas, lo que acredita que el accionante es una persona agresiva. Sobre lo vertido en los fundamentos de hecho 2.1.5 de la demanda, lo niega, ya que la recurrente no ha actuado como indica el demandante, ya que todo eso es atribuible a su propia actitud hostil, y cruel, por los constantes maltratos psicológicos en contra de la recurrente. Con respecto al puesto de venta, lo administramos con mi hija y que dicho ingreso nos sirve para nuestra manutención y con el cual las educo; el negocio es desde hace mucho años atrás, dedicándonos a la venta de accesorios de máquina de coser, y para ello hemos

adquirido prestamos de diferentes entidades financieras, para implementar el negocio y para la construcción de mi casa, pero el accionante se fue abandonándonos y dejándonos con la deuda, el mismo que vengo afrontando sola hasta la fecha, abandono que se acredita con la denuncia ante la policía por abandono de hogar el día 20 de agosto del 2012. Indica que extraoficialmente se enteró que la accionante mantenía una relación amorosa con otra persona, que recientemente lo he corroborado; es falso lo vertido por el accionante en su demanda en el punto 2.1.6., pues el demandante siempre ha realizado abandono de hogar por lo que casi siempre hemos vivido sin su presencia y mis hijas no han recibido el amor de su padre, olvidándose de pasar una pensión alimenticia para sus hijas que se encuentran estudiando en el nivel superior, causándome daño moral y económico, porque en cada momento hacía abandono injustificado de hogar conyugal. Niego lo que vierte el accionante en los puntos 2.1.5 de la demanda, porque nunca existió una relación normal por su conducta y la irresponsabilidad frente a sus obligaciones del hogar como de sus hijos, por lo que solicita declare infundada e improcedente la demanda más costas y costos del proceso a favor de esta. Ofrece medios probatorios: a) los mismos medios probatorios ofrecidos por el demandante en su escrito de demanda en los literales 1), 4), 5), 6) y 7); b) copia de la denuncia policial de fecha 20 de enero del 2012; c) denuncia por violencia familiar, maltrato psicológico; d) copia legalizada de la carta notarial dirigida al Banco Scotiabank de fecha 24 de abril del 2014; e) copia legalizada de la carta notarial al banco Credichavin Hz., de fecha 24 de abril del 2014; y f) copia legalizada de la carta notarial dirigida al banco de la caja rural de ahorro y crédito “Señor de Luren” de fecha 24 de abril del 2014.

1.1.6.2 Sobre la reconvencción

Al amparo del artículo 354 y 1984 del Código Civil, y artículo 88, inciso 2), del Código Procesal Civil, interpone reconvencción originaria y accesorio de divorcio por causal de adulterio, abandono del hogar conyugal y adjudicación de inmueble contra Alejandro Quito Pineda, a efectos de que:

- Se disuelva el vínculo matrimonial habido con la demandante.
- Se adjudique el inmueble conyugal ubicado en la Urb. Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira, del distrito de Independencia y provincia de Huaraz, con Partida Registral N° 02000495
- Se entregue y adjudique el vehículo de placa: 00-9672, clase Pickup, Marca Toyota, año 1994, modelo Hilux 4x2, carrocería cabina, doble furgón, color blanco con serie número RN 855105071

Fundamentos de hecho: contrajo matrimonio civil con el accionante ante la Municipalidad Distrital de San Marcos con fecha 14 de agosto de 1977; fruto de ello procreamos tres hijos de nombres Roxana Jakeline, Elena Viviana y Steffany Meggumy de 35, 27 y 20 años de edad, respectivamente. En el mes de noviembre del 2014 tomé conocimiento que el demandado habría procreado una hija de nombre Milagros Deysi Quito, habiéndola asentado su partida ante la Municipalidad Distrital de Independencia, Huaraz, y con la madre de esta menor estaría viviendo en la actualidad, infidelidad que se habría dado en sus constantes abandonos del hogar conyugal, por mucho tiempo, y fruto de ese romance es la menor, conforme se acredita con la partida de nacimiento. La recurrente siempre se encontraba ocupada trabajando para mantener a nuestros hijos, y asumir los gastos de sus estudios, y pagos de deudas de diferentes entidades financieras. Por lo que

el accionante aprovechó en hacer otra relación paralela, y procrear una hija, lo que me ha causado indignidad y daño emocional, por lo que ese hecho debe ser reparada por el daño que he sufrido como cónyuge agraviada por la demandante, por lo que no le merece nada de lo que hemos adquirido.

Así, el accionante se volvió agresivo no solo con la recurrente sino con sus hijos, llegando a abandonar el hogar conyugal, llevándose sus cosas; asimismo, todas las compras de máquinas del negocio se llevaron haciendo su propio negocio conforme acredito con la boleta de venta RUC N° 10316028565. La recurrente es la perjudicada por cuanto quien hizo abandono de hogar fue el demandante, abandono a sus hijos, abandonándonos moralmente y materialmente, mas no aporta económicamente, razones por las cuales solicita reconvencción y se declare fundada. Solicita que el demandado le asista con una pensión alimenticia de la suma equivalente a una remuneración básica legal ascendente a s/. 750.00 soles mensuales, esto para la manutención de la recurrente por ser el causante del divorcio el demandante. Medios probatorios: a) las pruebas ofrecidas en la contestación de la demanda, b) partida de nacimiento de la menor Milagros Deysi Quito de la O, expedida por la Municipalidad Distrital de Independencia; c) acta de transferencia vehicular n.º 3044; y d) escritura pública de poder especial otorgado a favor del recurrente otorgado por Steffany Meggumy Quito Ramírez para acreditar la representación de mis hijas.

1.1.7 Admisibilidad

Mediante resolución n° 08 de fecha 01 de diciembre del 2014, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz resolvió tener por absuelto el traslado de la demanda

por la emplazada, Gloria Ramírez Zerpa, en los términos que se precisa, teniéndose por ofrecido los medios probatorios que se indican, a los autos los anexos acompañados; y declárese inadmisibles las acciones reconvencionales que se meritúa, concediéndole a la emplazada el plazo de cinco días, para que subsane la omisión anotada, bajo apercibimiento de tenerse por no formulada la reconvención y continuarse el proceso de acuerdo a su estado.

Con escrito de fecha 29 de diciembre del 2014 doña Gloria Ramírez Zerpa cumple con subsanar la omisión advertida, por lo que adjunta la tasa judicial por ofrecimiento de pruebas y por derecho de notificación.

Por lo que, mediante resolución n.º 09 de fecha 06 de enero del 2015, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz concede el plazo adicional de tres días a la recurrente a efectos de que precise cuál de las pretensiones es la originaria y cuál es la accesoria, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 83 y siguientes del Código Procesal Civil. Además, por ser la acción reconvencional una contrademanda debe cumplir con las mismas formalidades exigidas para la demanda, establecidas en el artículo 425, dentro del plazo de tres días de notificado, bajo apercibimiento de hacer efectivo el apercibimiento decretado en la resolución número ocho en caso de incumplimiento.

Con resolución n.º 10 de fecha 16 de marzo del 2015, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz tuvo por cumplido el mandato contenido en autos, por lo que resuelve admitir a trámite la acción reconvencional presentada por la demandada Gloria Ramírez Zerpa. Como pretensión principal acumulación objetiva sucesiva divorcio por causal de adulterio y abandono de hogar conyugal, y como acumulación objetiva originaria accesoria la adjudicación del inmueble

conyugal, ubicado en la urbanización Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira, del distrito de Independencia y provincia de Huaraz. Como tal, confiérase traslado al reconvenido Alejandro Quito Pineda, así como al representante del Ministerio Público, por el plazo de treinta días para que la absuelva, bajo apercibimiento de seguirse el trámite en su rebeldía, y observándose que la reconvenición solo ha adjuntado un solo juego de copias de la reconvenición, siendo así cumpla con adjuntar un juego más para la notificación de la Fiscalía, dentro de breve plazo, bajo responsabilidad por la demora.

1.1.8 Contestación de la reconvenición

Mediante resolución n.º 12 de fecha 13 de julio del 2015, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz indica que el reconvenido Alejandro Quito Pineda ha sido válidamente notificado con el auto admisorio, demanda y anexos, el día 18 de abril del 2015, y que el plazo para la absolución en el presente proceso es de treinta días, por lo que el demandado no ha cumplido con absolver el traslado de la demanda dentro del plazo concedido por ley. En ese sentido, resuelve declarar rebelde al reconvenido Alejandro Quito Pineda. Requírase a doña Gloria Ramírez Zerpa cumpla con presentar un juego de la reconvenición, dentro del plazo de tres días, bajo apercibimiento de multa en caso de incumplimiento.

Con escrito de fecha 07 de agosto del 2015, doña Gloria Ramírez Zerpa, cumple con adjuntar un juego de la reconvenición más sus anexos, con el fin de proseguir con el proceso.

Con resolución N° 13 de fecha 10 de agosto del 2015, el juez del Primer Juzgado de Familia de Huaraz resuelve tener por adjuntada la copia de la demanda

y anexos, y resuelve notificar a la Fiscalía Mixta de Independencia, con la resolución número diez y con el escrito de la reconvencción.

Fundamentos: Con fecha 25 de setiembre del 2015, el Ministerio Público, representado por Gianina Jesica Verde Dextre, fiscal adjunta provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Independencia del Distrito Fiscal de Áncash, absuelve el traslado y contesta la reconvencción de divorcio por causal de adulterio, abandono del hogar conyugal planteada por Gloria Ramírez Zerpa contra Alejandro Quito Pineda, solicitando se declare fundada por los siguientes fundamentos: 2.1. La reconviniente señala que contrajo matrimonio civil con el demandante el 14 de agosto del 1999 ante la Municipalidad de San Marcos de la provincia de Huari, y en el mes de noviembre del 2014 habría tomado conocimiento de que el demandante, producto de las relaciones adulterinas que habría tenido, habría procreado una hija de nombre Milagros Deysi Quito. Conforme lo acredita con la partida de nacimiento que adjunta, siendo esta la razón por la cual hizo abandono de hogar conyugal en reiteradas oportunidades de manera injustificada. Hecho que le ha causado daño a la reconviniente, así como a sus hijos, y otras obligaciones del hogar; cuando tomó conocimiento se afectó emocionalmente, siendo ella la cónyuge perjudicada, por lo que solicita se disuelva el vínculo matrimonial. Se repare el daño que ha sufrido y se adjudique el inmueble conyugal y la unidad vehicular adquirido por cuanto el demandante por su infidelidad no merece nada de lo que adquirieron juntos. 2.3. Que una forma de disolución del matrimonio que pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, la misma que debe ser declarada judicialmente para que tenga validez para cuya finalidad se deberá invocar cualquiera de las causales que prescribe el artículo 333 del Código Civil.

2.4. La causal de adulterio se encuentra regulado en el artículo 333, inciso 1°, del Código Civil, y consiste en las relaciones sexuales mantenidas con una persona distinta del cónyuge y se configura por el simple acto sexual fuera del matrimonio caducando la acción a los seis meses de conocida la causa por el ofendido, o en todo caso a los cinco años de producida esta; así lo establece el artículo 339 primer párrafo del Código Civil.

2.5. En cuanto a la causal de adulterio, esto se ha acreditado con la partida de nacimiento de la menor Milagros Deysi Quito de la O, del cual se desprende que el padre de dicha menor es el demandante, habiendo nacido la menor el 24 de febrero del 2008, con lo cual se acredita que el demandante ha mantenido relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge.

2.6. La causal de abandono injustificado de la casa conyugal, se encuentra regulado el artículo 333, inciso 5), del Código Civil y consisten en que el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos, o cuando la duración sumada de los periodos de abandono excede dicho plazo, y para que se configure dicha causal es necesario que quien demanda el divorcio debe acreditar la existencia de un domicilio conyugal, asimismo se deberá acreditar el alejamiento unilateral de dicho domicilio por parte del otro cónyuge, acreditando además que dio alejamiento fue injustificado, y por último se debe acreditar que el alejamiento del cónyuge haya excedido el plazo de 02 años que pueden ser continuos o alternados.

2.7. De los medios probatorios aportados por la reconviniendo, sí se ha cumplido con acreditar la causal de abandono injustificado con la copia certificada de ocurrencia policial expedido por la Comisaría PNP Huaraz, donde señala que el 20 de enero del 2012, personal de la SEFAM Huaraz, a petición de la reconviniendo se apersonó a su domicilio conyugal ubicado en la urbanización Santa Elena Mz 1, lote 5, barrio de

Palmira del distrito de Independencia, donde se constató que el demandante no se encontraba, hecho que evidencia que el demandante habría abandonado el hogar desde el 20 de enero del 2012, habiendo transcurrido desde dicha fecha hasta la interposición de la reconvencción. 2.9, 2.10, 2.11 y 2.13. Sobre la indemnización regulada en el artículo 351 del Código Civil, y respecto a los daños, corresponde que el demandante repare el daño causado a la reconviniendo, así como se dé por fenecida el régimen de sociedad de gananciales. Debiendo de adjudicarse el bien mueble e inmueble a favor de la reconviniendo, por cuanto las causales que alega para petitionar el divorcio se encuentran acreditadas.

Medios probatorios: que, como parte imparcial, el Ministerio Público se atiene a las pruebas que actúen las partes del proceso.

Que, mediante resolución n.º 14 de fecha 30 de setiembre del año 2015, el juez del Juzgado de Familia Transitorio de Huaraz resuelve: Tener por apersonado al proceso a la señora Gianina Jessica Verde Dextre en su calidad de fiscal de la Fiscalía Provincial Mixta de Independencia; tener por contestada la demanda por su parte, declarar saneado el presente proceso de divorcio por causal por consiguiente válida la relación jurídica procesal entre las partes. Requerir a las partes para que dentro del tercer día de notificados propongan por escrito los puntos controvertidos, debiendo darse nueva cuenta vencido el plazo para que este despacho proceda a fijar los puntos controvertidos.

1.1.9 Puntos controvertidos

Con fecha 23 de octubre del 2015, doña Gloria Ramírez Zerpa, señala puntos controvertidos, de conformidad a lo establecido en el artículo 468 del Código Procesal Civil:

- Determinar la existencia de la separación de hecho entre el demandante y la reconviniente (demandado).
- Determinar si el demandante cumple con los requisitos señalados en el artículo 345-A del Código Civil para que proceda la pretensión demandada.
- Determinar la existencia de causal de adulterio por parte del demandante.
- Determinar el abandono de hogar conyugal por parte del demandante.
- Determinar si corresponde o no la adjudicación del inmueble a la reconviniente.
- Determinar el causante del divorcio por causal de adulterio y abandono de hogar conyugal.

Con resolución n.º 15 de fecha 28 de octubre del 2015, el juez del Juzgado de Familia Transitorio de Huaraz tiene por presupuesto los puntos controvertidos y deja los autos en despacho a fin de emitir resolución correspondiente.

Mediante resolución n.º 16 de fecha 05 de enero del 2016, el juez del Juzgado de Familia Transitorio de Huaraz resuelve:

1.1.9.1 Fijar como puntos controvertidos:

- a) Determinar si se ha producido la causal de separación de hecho entre los cónyuges para declararse el divorcio acorde a dicha causal, teniendo en cuenta

- si se han procreado hijos, qué edad tiene ahora, a fin de verificar los derechos que les asisten.
- b) Determinar si el demandante ha incurrido en las causales que den lugar a la disolución del vínculo matrimonial.
 - c) Determinar si corresponde una indemnización por daño moral y personal a favor de la demandada reconviniente.
 - d) Determinar si durante la vigencia de la unión conyugal las partes han adquirido bienes muebles e inmuebles que sean susceptibles de liquidación o forma parte de la indemnización solicitada por la demandada.

1.1.9.2 Admitir como medios probatorios de cuestión de fondo

Del demandante, el mérito del acta de matrimonio que en copia certificada corre de fojas dos, el mérito de la denuncia policial de retiro de hogar, el mérito de la denuncia policial por abandono de hogar. El mérito del acta de nacimiento de su hija Roxana Quito Ramírez, acta de nacimiento de su hija Elena Quito Ramírez, acta de nacimiento de Elena Quito Ramírez, el mérito del acta de nacimiento de Estefany Megumy, copia literal emitida por la oficina de SUNARP-Sede Huaraz. El mérito de la demanda suscrita por el demandante en copia original. Del Ministerio Público: los mismos documentos ofrecidos por el demandante habiendo sido ya admitidos en la presente. De la demandada: la declaración que deberá absolver el demandante conforme al pliego interrogatorio, el mérito de los mismos medios probatorios ofrecidos por el demandante en su escrito de demanda. El mérito de la denuncia policial por abandono de hogar, el mérito de la carpeta fiscal número 366-2014 sobre maltrato psicológico, ofíciase a la Fiscalía Provincial de

Independencia. La carta notarial dirigida al Banco Scotiabank de fecha 24 de abril del año 2014, la carta notarial dirigida a la Caja Trujillo de Huaraz dirigida a la Caja Credichavin de Huaraz de fecha 24 de abril del año 2014, carta notarial dirigida a la Caja Rural de Ahorro y Crédito “Señor de Luren” de Huaraz, de fecha 24 de abril del año 2014.

1.1.9.3 Medios probatorios de la reconvencción

Las pruebas ofrecidas en el escrito de contestación a la demanda, partida de nacimiento de la menor Milagros Deysi Quito, acta de transferencia vehicular N°3044, escritura pública de poder especial otorgada a favor de la recurrente por Steffany Meggumy Quito Ramírez; del reconvenido: no habiendo contestado a la presente demanda de reconvencción, y habiéndose declarado rebelde la reconvenida, conforme a la resolución número doce, no se admite ningún medio de prueba.

1.1.9.4 Señálese fecha para la audiencia de pruebas:

La misma que se llevará a cabo el día 19 de enero del año 2016 a hora tres de la tarde.

1.1.10 Audiencia de prueba

En la ciudad de Huaraz, ante la Sala de Audiencias del Juzgado de Familia Transitorio de Huaraz, que despacha el Dr. Jesús Edmundo Henostroza Suarez, con la presencia de la demandada Ramírez Zerpa Gloria, en compañía de su abogado defensor con la finalidad de llevar a cabo la audiencia programada para el día de la fecha, y se deja la inconcurrencia del demandante Pedro Alejandro Quito Pineda, y

del señor representante del Ministerio Público, pese a estar debidamente notificados, obteniéndose el siguiente resultado:

1.1.10.1 Actuación de medios probatorios sobre la demanda:

Del demandante Pedro Alejandro Quito Pineda: como pruebas instrumentales, estas se dan por actuadas, cuya merituación y valoración jurídica se ha de contener en la resolución. De la demandada Ramírez Zerpa Gloria: las pruebas instrumentales se dan por actuadas, cuya merituación y valoración jurídica se contendrá en la resolución correspondiente. En cuanto a la declaración por parte del demandante, al no haber concurrido este, se deja constancia que no se puede actuar, aperturándose, sin embargo, el sobre que contiene el pliego de preguntas para acreditar su preexistencia, sin tener carácter probatorio. Del Ministerio Público: como pruebas instrumentales del demandante y ya actuadas, téngase presente para su valoración en la resolución final.

1.1.10.2 Actuación de medios probatorios sobre la reconvenición

De la reconvenición Ramírez Zerpa Gloria: como pruebas instrumentales, se dan por actuadas, cuya merituación y valoración jurídica se ha de contener en la resolución final correspondiente. Del reconvenido Pedro Alejandro Quito Pineda: no habiendo absuelto la reconvenición, teniendo la condición de rebelde en este extremo, no se actúa como medio probatorio alguno al respecto.

1.1.10.3 Informes orales

El abogado de la demandada reconviniente hizo uso de la palabra expresando sus alegatos sobre la pretensión de su defendida, lo que se tendrá en cuenta al momento de resolver.

Y no habiendo otras diligencias que actuar se da por concluida la presente, notifíquese a las partes para que dentro del término de cinco días de creerlo conveniente presenten los alegatos correspondientes, vencido este plazo sin más trámite déjense los autos en despacho emitir la resolución final correspondiente.

Con fecha 25 de enero del año 2016, el abogado de Gloria Ramírez Zerpa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 212 del Código Procesal Civil, presentó el alegato que respecta solicitando al Juzgado se sirva a tener en consideración al momento de que se expida sentencia declarándola infundada en todos sus extremos de la reconvención. El mismo que se da cuenta mediante resolución n° 19 de fecha 29 de enero del año 2016.

1.1.11 Sentencia

Mediante resolución n.° 23 de fecha 08 de febrero del año 2017, el juez del Juzgado de Familia Transitorio de Huaraz falla declarando fundada la demanda interpuesta por don Pedro Alejandro Quito Pineda contra doña Gloria Ramírez Zerpa, sobre divorcio por la causal de separación de hecho. En consecuencia, declaro disuelto el vínculo matrimonial contraído por ellos ante la Municipalidad distrital de San Marcos, provincia de Huari, con fecha catorce de agosto de mil novecientos setenta y siete, tal como se registra en la partida de matrimonio. Dese por fenecida la sociedad de gananciales que pertenecía a ambos cónyuges a partir del dieciséis de

noviembre del año dos mil cinco. Fecha en que en el séptimo considerando se reconoce haberse producido la separación de hecho de acuerdo a lo previsto en el artículo 319 del Código Civil. Procédase a la liquidación en ejecución de sentencia, de los bienes adquiridos dentro de la sociedad de gananciales de la familia Quito Ramírez. Sin perjuicio de incluir, en caso hubiera los no contemplados en el presente proceso. Declaró infundada la reconvenición formulada por doña Gloria Ramírez Zerpa contra don Pedro Alejandro Quito Pineda, sobre divorcio por las causales de adulterio y abandono injustificado de la casa conyugal; así como también infundadas la pretensión de adjudicación como indemnización a su favor, de la cuota que le correspondería al demandante sobre el inmueble conyugal y la solicitud de una pensión alimenticia a su favor confirmada y/o aprobada, que fuera la presente resolución. Cúrsese oficio al alcalde de la Municipalidad distrital de San Marcos, provincia de Huari, para la anotación marginal respectiva. Remitiéndose los partes al jefe de la Oficina Registral Sede Huari, para la inscripción en el registro personal correspondiente; y de no ser apelada la presente resolución elévese de consulta a la Sala Civil Superior de esta Corte en la forma de ley. Notifíquese.

Ello en atención a que, de acuerdo a los medios probatorios y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos. En efecto, la actividad probatoria, desplegada durante el proceso tiene la finalidad de producir prueba, y a partir de ella, generar certeza en el juez sobre la existencia/inexistencia de los hechos afirmados, correspondiendo a las partes asumir la demostración de los presupuestos de hechos contenidos en la norma sustancias para fundamentar sus pretensiones, y,

en atención al artículo 197 del Código Procesal Civil, corresponde meritar las pruebas ofrecidas y actuadas en forma conjunta, bajo un criterio de apreciación razonada.

Sobre el primer punto controvertido consistente en:

- a) Determinar si se ha producido la causal de separación de hecho entre los cónyuges para declararse el divorcio: teniendo en cuenta si se han procreado hijos, qué edad tiene ahora a fin de verificar los derechos que le asisten; para ello, deberá configurar con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente por el tiempo establecido en la norma jurídica. Conforme se verifica de la constatación de abandono de hogar contenido en el certificado de ocurrencia policial, se tiene que Pedro Alejandro Quito Pineda no se encontraba en su domicilio real manifestando la demandada que hizo abandono de hogar el día veintidós de noviembre del año dos mil cinco; por otro lado, la demandada señala en su escrito de contestación que su cónyuge ha abandonado el hogar conyugal el día 20-01-2012 y que existe una denuncia por abandono de hogar, presentada por el mismo actor, esta fue por cuestiones de confundir a las autoridades, afirmando a la vez que tales actitudes adoptadas fueron a raíz que extraoficialmente se enteraron de que dicho actor mantenía una relación amorosa con otra persona; sustenta la versión con el certificado de ocurrencia policial; en ese sentido, nos ceñimos a que el divorcio por la causal de separación de hecho no exige la expresión de razones por las cuales la separación se ha materializado, pues solo basta acreditar los plazos establecidos en la norma denunciada, por lo que queda en autos acreditado que la separación de hecho de ambas partes se produjo el dieciséis de noviembre del año 2005. A

la fecha de interpuesta la demanda habían transcurrido casi once años de separación, cumpliéndose así la exigencia del transcurso ininterrumpido de dos años cuando no hay hijos menores de edad, prevista en la norma, por lo que la causal invocada en la demanda debe ser declarada fundada. Por otro lado, advertimos de las partidas de nacimiento pertenecientes que las hijas procreadas durante el matrimonio, llamadas Roxana Jakelin Quito Ramirez nacida el 03-04-1978, contando a la fecha con 38 años de edad, Elena Viviana Quito Ramirez nacida el 29-05-1987, contando a la fecha con 29 años de edad y Steffany Meggumy Quito Ramírez, nacida el 04-06-1994, contando a la fecha con 22 años de edad, no correspondiendo determinar alimentos, patria potestad, tenencia o régimen de visitas alguno respecto a ninguno de ellas, desde que no se acredita que estén siguiendo estudios superiores satisfactoriamente, quedando así dilucidado el primer punto controvertido.

- b) Determinar si el demandante ha incurrido en las causales de adulterio y de abandono injustificado del hogar conyugal que den lugar a la disolución del vínculo matrimonial: al respecto el divorcio por la causal de adulterio a que se refiere el artículo 333 inciso 1) del Código Civil se encuentra tipificado por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, por lo que para su configuración debe reflejarse la existencia del simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente y como relaciones extramatrimoniales, lo cual mayormente es difícil; por ello, la jurisprudencia acepta la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes, toda vez que el ayuntamiento carnal se realiza generalmente en forma oculta; sin embargo, en el caso de autos, para determinar si el cónyuge

ha incurrido en la causal de adulterio debe tenerse en cuenta las aseveraciones o imputaciones de la demandada-reconviniendo quien afirma en su escrito. Sin precisar sobre la fecha, que recientemente se ha enterado que su cónyuge Pedro Alejandro Quito Pineda, ha procreado una hija extramatrimonial llamada Deysi Quito, nacida el 24-02-2008, cuya acta de nacimiento de la menor obra en autos a fojas noventa y seis, y si tomamos en cuenta que el demandante no ha absuelto tal reconvencción, incurriendo en rebeldía. En ese extremo, como se señala en la resolución doce, resulta indubitable que dicho justiciable habría incurrido en esa causal de adulterio al evidenciarse que la referida menor ha nacido estando vigente el vínculo matrimonial con el reconvenido; sin embargo, es importante tener en cuenta también lo dispuesto por el artículo 339 del Código Civil, cuando señala que la acción basada en la causal de adulterio, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido o en todo caso a los cinco años de producida, en ese contexto el plazo de caducidad que no admite suspensión o interrupción alguna tal como lo prevé el artículo 2005 del Código Civil, siendo ello así, que el adulterio ha caducado si tomamos en cuenta los cinco años de producido, en razón de que la hija extramatrimonial habiendo nacido el 24-02-2008, a la fecha significan más de cinco años. Aspecto que la reconviniendo no ha acreditado que en el mes de noviembre del año 2014 (según señala en el segundo fundamento del escrito de reconvencción) haya conocido la causa, lo que se contradice con lo que se tiene del certificado de ocurrencia policial de fecha 23-11-2005, presentado por el demandante y que no ha sido objeto de tacha, en la cual realizándose la constatación del abandono de hogar por parte del demandante, dicha reconviniendo manifiesta que su cónyuge antes de

retirarse le dijo: “Que se retiraba por cuanto venía siendo amenazado por el hermano de su amante Lourdes de la O Rojas en los términos que si dejas a mi hermana te vamos a matar y/o secuestrar, presumiendo que actualmente se encuentra conjuntamente con su amante en la av. Confraternidad Internacional Oeste N° 613-b”. En consecuencia, de lo mencionado anteriormente se desprende que la reconviniendo conocía de la existencia del adulterio por parte del cónyuge desde el 23-11-2005, como se advierte del documento policial de fojas cuatro, quedando así acreditado que han transcurrido más de nueve años de conocida tal historia. Por lo tanto, la causal antes mencionada ha caducado y por ende debe ser declarada improcedente.

Sobre la causal de abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda este plazo. Para ello, el demandante deberá actuar la prueba de la existencia del domicilio conyugal constituido y del alejamiento unilateral de dicho domicilio por un periodo mayor a dos años continuos o alternados. Resultando necesario invocar no haber dado motivos para ese alejamiento unilateral, acreditar el cumplimiento de los derechos paterno filiales para con los hijos. Por su parte, el demandado deberá acreditar las causas que justifican su alejamiento, como podrían ser los supuestos de cese de la cohabitación por razones ajenas a su voluntad, tratamiento de una enfermedad. Para cumplir un trabajo, o un estudio temporal, que resulta justificado o que el abandono se debe a conductas del otro cónyuge, actos de violencia física o psicológica, impedirle el ingreso al domicilio conyugal o expulsarlo de este, etc. Todo se sustenta en el criterio de que quien ha hecho abandono de la convivencia, tendrá a su cargo

probar las causas que lo justifican, por lo que, de la revisión de autos se verifica que según los fundamentos de hecho del demandante en su escrito de demanda, corroborado ello con el certificado de denuncia policial se dicte que dicho recurrente se retiró de su hogar conyugal en forma forzada (inmueble ubicado en la Urbanización Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira Baja) el día 16-11-2005, por incompatibilidad de caracteres con su cónyuge; sin embargo, al realizarse la constatación del abandono de hogar, como se aprecia en el certificado de ocurrencia policial, con ello se verificó que efectivamente Pedro Alejandro Quito Pineda, no se encontraba en su hogar conyugal, que para dicha ocasión su cónyuge, ahora reconviniente, manifestó que el antes mencionado hizo abandono de hogar el día 22-11-2005, manifestándole que se retiraba del conyugal por haber sido amenazado por el hermano de su amante Lourdes de la O Rojas. En tal contexto, lo que se observa es que tanto en su escrito de contestación como en el de reconvenición la demanda alude que el demandado efectuó el abandono del hogar conyugal, no de manera justificada sino por problemas de infidelidad. Características que no se aprecia en su registro en la constatación policial de abandono de hogar de fecha 20 de enero del año dos mil doce. En el cual refiere que su esposo hizo abandono de hogar el día catorce de diciembre del año dos mil doce, llevándose consigo sus prendas personales, una compresora para pintar, un taladro, una máquina de coser marcada Singer, una camioneta Pick Up marca Toyota guinda, de placa de rodaje 00-9672 del año 1994, quedándose ella a cargo de sus hijas. En ese sentido, se puede inducir que el demandante reconvenido habría incurrido en la causal de abandono injustificado del hogar conyugal que no ha contradicho al

respecto por incurrir en rebeldía respecto a la reconvencción. Sin embargo, del tenor de su demanda y como se ha acreditado en el octavo considerando sobre la consumación de la causal invocada por su persona sobre separación de hecho, con cierta aceptación o tolerancia de su consorte demandada, y no se puede admitir la idea de tal causal imputada por la reconviniendo en la medida de que sus argumentos no resulten convincentes ni lo acredita probatoriamente.

- c) Determinar si corresponde una indemnización por daño moral y personal a favor de la demandada reconviniendo: El III Pleno Casatorio Civil estableció como precedente judicial vinculante que, en los procesos sobre divorcio, con las causales de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad correspondiente. El juez apreciará en el caso concreto si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación psicológica o emocional, b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar, c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado, d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación que tenía durante el matrimonio entre otras circunstancias relevantes. Al respecto se tiene claro que los cónyuges están separados aproximadamente casi once años, y si bien es cierto la

reconviniente señala que ha sufrido daño moral; sin embargo, de los medios de prueba no se puede determinar cuál ha sido la causa determinable para la separación de hecho, y más aún qué efectos negativos o perjudiciales se han manifestado a lo largo de los años por tal quiebre; situación que no permitiría hacer valoración de ello y reconocer al perjudicado, ya que no se han ofrecido ni actuado medios probatorios tendentes a demostrar ese estado, porque la reconviniente en su demanda y refirió en su demanda que se enteró que su esposo demandante tuvo una hija extramatrimonial, lo cual está probado. Empero tuvo noticias de ello nueve años antes, como se ha verificado en el noveno considerando de la presente, entonces el efecto moral de tal realidad para tomarse como daño no tiene asidero. Máxime si no ha negado haberse quedado en uso o usufructo con la vivienda conyugal, y con el negocio que tenían en el mercado de Huaraz, este último que le sirvió para afrontar el sustento de sus hijas como lo afirma, un proceso de alimentos que refleje un desamparo o la carencia económica de su lado. Si bien el juez de oficio puede pronunciarse sobre la indemnización, pero ello debe ser siempre que de autos se acredite el perjuicio. y sobre la pensión de alimentos solicitada por la reconviniente por la suma de S/ 750.00 soles mensuales. Es sabido que, de conformidad con lo prescrito por el artículo 350 del Código Civil, por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. En el caso que nos convoca, no se ha establecido en autos que dicha demandada-reconviniente esté dentro de los supuestos normativos previstos en el mencionado dispositivo legal para que sea socorrida con una pensión alimenticia por parte del demandante, ya que como se acredita en autos, la solicitante administra el negocio de venta

de accesorios de máquina de coser y demás mercaderías, percibiendo del negocio antes mencionado ingresos para su subsistencia, más aún si las hijas que tienen son mayores de edad y no están siguiendo estudios superiores. Entonces, debe desestimarse en este extremo la reconvención planteada, quedando dilucidado de este modo el tercer punto controvertido.

- d) Determinar si durante la vigencia de la unión conyugal las partes han adquirido bienes muebles e inmuebles que sean susceptibles de liquidación o forma parte de la indemnización solicitada por la demandada: Se tiene que durante la vigencia del matrimonio han adquirido bienes muebles e inmuebles que forman parte de la sociedad conyugal; siendo estos el inmueble ubicado en la Urbanización Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira Baja, distrito de Independencia y provincia de Huaraz, inscrita en SUNARP, zona registral N° VII Sede Huaraz, con partida N° 02000495 y la partida N° 02000495, así como el vehículo de placa 00-9672, carrocería cabina doble furgón blanco; motor 22R3838329; Serie RN 855105071, cuya acta de transferencia vehicular obra en auto; bienes que serán objetos de liquidación y teniéndose que el bien inmueble se encuentra acreditado en autos que ha sido adquirido por ambos cónyuges durante la vigencia del matrimonio. Para ello, tendrán que deducirse los gastos o pagos que pudieran haberse generado como carga del lado de la demandada durante el tiempo de separación. Tal como lo refiere en su escrito absolutorio, o en su defecto hacer renuncia a favor de las hijas matrimoniales, sin interrumpirse la ocupación plena de todo el inmueble por dicha progenitora demandada hasta sus últimos días o renuncia voluntaria. En cuanto al vehículo será materia de liquidación de acuerdo a las normas

técnicas que lo permitan sobre la base del cincuenta por ciento que le correspondería a cada parte, dilucidándose de este modo el cuarto punto controvertido.

1.1.12 Recurso de apelación

Con fecha 21 de febrero del año 2021, doña Gloria Ramírez Serpa, dentro del término señalado en el artículo 478 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 373 del indicado cuerpo normativo, interpone recurso de apelación contra la sentencia, esperando sea revocada y reformándola declare infundada la demanda y fundada la reconvenición conforme a los siguientes fundamentos:

- a) Sobre el primer punto controvertido: Determinar si se ha producido la causal de separación de hecho entre los cónyuges para declararse el divorcio, teniéndose en cuenta si se han procreado hijos, qué edad tiene ahora, a fin de verificar los derechos que les asisten: El *a quo* dio mérito al certificado de ocurrencia policial indicando que efectivamente don Pedro Alejandro Quito, el día 22 de noviembre del 2005, realizó el abandono conyugal, cuando en realidad solo se fue por un tiempo corto de unos meses, para luego retornar a su casa, y vivir juntos hasta el 14 de diciembre del 2021, año en donde abandonó injustificadamente conforme al certificado de ocurrencia policial de la Comisaria de Huaraz, y durante su permanencia en el hogar matrimonial. Asimismo, el 20 de setiembre del 2007, llegamos a adquirir un vehículo conforme al acta de transferencia vehicular n.º 3044, y en el año 2014 me agredió psicológicamente conforme obra el caso N°2014-366 remitido por la Fiscalía Mixta de Independencia de Huaraz Sobre Violencia Familiar, y que por ello no reunía los tres elementos

configurativos de la causal de separación de hecho como es. Elemento material, psicológico y temporal, por lo que al fundamentar su decisión incurre en graves errores de interpretación de los hechos como en la aplicación de las normas de carácter adjetivos, como he detallado anteriormente, resolvió no encontrarse aprobada la separación de hecho pretensión demandada por el actor, debiendo esto ser desestimada por el superior. Y conforme lo prescribe el artículo 345-A del Código Civil no se ha acreditado en autos la existencia de acuerdo extrajudicial o sentencia en la que se determine la exigibilidad de la obligación alimentaria a cargo del accionante, por lo que para admitir a trámite la demanda cómo para amparar su pretensión, más aún cuando al momento de contestar la demanda se indicó que los hijos se encontraban cursando estudios superiores y a raíz del abandono que realizó el 14 de noviembre del 2011, como en anteriores abandonos que realizó el actor, sola la recurrente ha sido perjudicada económicamente como moralmente; “sola afronté los gastos en el hogar como de los estudios de mis hijos en el hogar como de los estudios de mis hijos, y la última vez que abandonó injustificadamente el hogar me perjudicó con varias deudas contraídas con diferentes entidades financieras, las mismas que también he probado con las diferentes cartas notariales adjuntadas como pruebas, en donde solicito el refinanciamiento de las deudas”.

- b) Sobre el segundo punto controvertido de la demanda: Determinar si el demandante ha incurrido en los causales de adulterio y de abandono injustificado del hogar conyugal que den lugar a la disolución de vínculo matrimonial: el artículo 2005 del Código Civil no le da derecho al demandante que se le pueda exonerar de una indemnización. Más al contrario estaría

demostrando que el cónyuge inocente perjudicado por el divorcio sería la reconviniente por los tantos daños realizados a la recurrente en mi condición de pareja de ese entonces de los maltratos psicológicos recibidos; por ello, se inició una denuncia sobre violencia familiar. Y sobre el abandono injustificado del hogar conyugal que dé lugar a la disolución del vínculo matrimonial, se tiene que el 14 de noviembre del 2011 el demandante ahora reconvenido sí salió de forma definitiva y continuado hasta la fecha, máxime cuando en la constatación policial realizado el día del abandono de hogar se consignó todo lo que se habría llevado consigo su cónyuge quien abandonó el hogar. El mismo que al momento de haber sido emplazado con la contrademanda no dijo absolutamente nada, tendiendo la condición de rebelde y hasta la fecha, inclusive, viene conduciendo el vehículo, el mismo que ha sido acreditado con el documento de transferencia vehicular N° 3044. Está acreditada la pretensión reconventional, además que tiene la calidad de rebelde que causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la reconvenición, conforme lo prescribe el artículo 461 del Código Procesal Civil, como tampoco de haber absuelto los pliegos interrogatorios, por cuanto hubiera amparado la sentencia en lo dispuesto en el artículo 218 del Código Procesal Civil, sobre su conducta procesal del demandante.

- c) Sobre el tercer punto controvertido: Determinar si corresponde una indemnización por daño moral y personal a favor de la demandada reconviniente: por los argumentos de orden fáctico y jurídico que el actor ha incurrido en abandono de hogar injustificado y el magistrado no puede argumentar que si en realidad hay justificación cuando en realidad la

justificación sería solo en casos de trabajo o por viaje al extranjero y no lo que sustenta el magistrado.

- **Agravios:** Causa grave daño, por cuanto la decisión del *a quo* atentaría mi derecho a ejercer la patria potestad de mi menor hijo, un daño moral al considerárseme cónyuge culpable de la disolución del vínculo matrimonial, un perjuicio económico al obligarme una indemnización que no corresponde otorgar.
- **Medios probatorios:** Al amparo del artículo 374 incisos 1) y 2) del Código Procesal Civil, ofrecemos como documentos la declaración jurada de mi hija Quito Ramírez Stefany Meggumy, legalizada de fecha 21 de febrero del 2017, y copia de la constancia de estudios expedido por la UNASAM, con la cual se acreditó que el demandado nunca pasó nada por alimentos como refiere en su demanda; se retiró cuando eran menores de edad hasta la fecha.

1.1.13 Auto que concede la apelación

Mediante Resolución N° 24 de fecha 30 de marzo del año 2017, resolvió conceder la apelación que se interpone con efecto suspensivo contra la sentencia contenida en la resolución número veintitrés de fecha ocho de febrero del año dos mil diecisiete, elevándose los autos a la superioridad con la debida nota de atención.

Con fecha 29 de mayo del año 2017, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Áncash, señalaron fecha para la vista de la causa el día catorce de junio del año dos mil diecisiete a las diez y veinte de la mañana.

Con fecha 14 de junio del 2017, la relatora de la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Áncash certifica que la vista de la causa señalada en

autos, se ha llevado a cabo el día de la fecha ante la sala conformada por los señores jueces superiores, habiendo hecho el uso de la palabra el abogado de la parte demandante, quedando la causa al voto.

1.1.14 Auto que declara la ejecutoriada

Con resolución n.º 31 de fecha cinco de julio del año dos mil diecisiete, la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Áncash decidió revocar la sentencia contenida en la resolución número veintitrés de fecha ocho de febrero del año dos mil diecisiete, en el extremo que falla declarando fundada la demanda interpuesta por don Pedro Alejandro Quito Pineda contra doña Gloria Ramírez Zerpa sobre divorcio por la causal de separación de hecho. En consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por ellos de hecho ante la Municipalidad distrital de San Marcos, provincia de Huari, dese por fenecido el régimen de la sociedad de gananciales que pertenecía a ambos cónyuges a partir del dieciséis de noviembre del año dos mil cinco, fecha en que en el séptimo considerando se reconoce el haberse producido la separación de hecho de acuerdo a lo previsto en el artículo 319 del Código Civil, procédase a la liquidación en ejecución de sentencia de los bienes adquiridos dentro de la sociedad de gananciales de la familia Quito-Ramírez. Sin perjuicio de incluir, en caso hubiera, los no contemplados en el presente proceso. Declara infundada la reconvenición formulada por doña Gloria Ramírez Zerpa contra don Pedro Alejandro Quito Pineda sobre divorcio por las causales de adulterio y abandono injustificado de la casa conyugal; así como también infundadas la pretensión de adjudicación como indemnización a su favor, de la cuota que le correspondería al demandante sobre el inmueble conyugal y la

solicitud de una pensión alimenticia a su favor. Reformándola declararon carente de objeto efectuar pronunciamiento alguno sobre el divorcio por la causal de separación de hecho, conforme se encuentra acreditada en los considerandos emitidos en la presente resolución. Declararon fundada la reconvenición formulada por doña Gloria Ramírez Zerpa contra don Pedro Alejandro Quito Pineda sobre abandono injustificado de la causa conyugal, declararon dar por fenecido el régimen de la sociedad de gananciales que pertenecía a ambos cónyuges. A partir del catorce de diciembre del año dos mil once, fecha en que se encuentra acreditada en el décimo considerando de la presente resolución al haberse producido la separación de hecho de acuerdo a lo previsto en el artículo 319 del Código Civil. Procédase a la liquidación en ejecución de sentencia de los bienes adquiridos dentro de la sociedad de gananciales de la Familia Quito Ramírez, sin perjuicio de incluir, en caso hubiera, los no contemplados en el presente proceso. Fijaron por concepto indemnizatorio a favor de la cónyuge demandada-reconviniente, Gloria Ramírez Zerpa, la cantidad de cinco mil y 00/100 soles (S/ 5 000.00 soles) monto que deberá pagar el demandante reconvenido Pedro Alejandro Quito Pineda, confirmaron en lo demás que contiene.

Sobre las causales de divorcios invocados y celebración del matrimonio civil: La demanda es de divorcio por las causales de separación de hecho, y la de reconvenición por la causal de adulterio y del abandono injustificado del hogar conyugal, previstos en el artículo 333 incisos 1), 5), y 12) del Código Civil, de la revisión de la apelación solo nos centraremos en la segunda (abandono injustificado del hogar conyugal) y la tercera causal (separación de hecho) por cuanto han sido materia de apelación, la Corte Suprema ya ha tenido pronunciamiento a ello: Que

los jueces no pueden fundar ambas pretensiones, criterio que fue expuesto en la Casación n.º 4161-2013-La Libertad, en un proceso seguido sobre divorcio por causal de separación de hecho, por lo que primero se resolverá la causal de abandono injustificado del hogar conyugal. Conforme a los agravios expresados por la apelante, al respecto examinado los autos, se colige que el demandante reconvenido y la demandada reconviniendo contrajeron matrimonio civil el catorce de agosto del año mil novecientos setenta y siete, por ante la Municipalidad de San Marcos de la provincia de Huari, conforme se aprecia del acta de matrimonio a fojas 1-B.

Con respecto a la reconvención, causal de abandono injustificado del hogar conyugal: el demandante reconvenido hizo el abandono injustificado del hogar conyugal con fecha 14 de diciembre del 2011, y al momento de interponer la demanda ha transcurrido los dos años permitidos por ley, habiendo abandonado el domicilio ubicado en la Urbanización Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira, del distrito de Independencia, provincia de Huaraz, sustrayéndose al cumplimiento de sus obligaciones conyugales y deberes matrimoniales, conforme se acredita con la ocurrencia policial, que obra a fojas ochenta y tres. La partida de nacimiento de la menor Milagros Deysi Quito de la O, asentada a la Municipalidad de Independencia, Huaraz, acreditándose la infidelidad y la razón por la cual hizo el abandono injustificado del hogar conyugal desde la fecha indicada, y con la condición de rebelde que ostenta en esta causa el demandante-reconvenido, aunado a lo dispuesto en el artículo 461 del Código Procesal Civil sobre la causa de presunción legal sobre la verdad de los hechos expuestos de la

demanda. Por lo que concurren los elementos contemplados en el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil, por lo que deberá revocarse en dicho extremo.

Sobre el fenecimiento de la sociedad de gananciales: Conforme a lo previsto en el artículo 318, numeral 3), del Código Sustancial, en el caso de autos, la separación de los cónyuges se ha producido desde el 14 de diciembre del año 2011; por ello, el fenecimiento de la sociedad de gananciales de declararse desde el referido año, revocándose dicho extremo de la sentencia.

Respecto de los alimentos, patria potestad y régimen de visitas de los hijos: Como producto del matrimonio habido entre el deudor y la emplazada procrearon a sus hijos Roxana Jackeline Quito Ramírez (39 años), Elena Viviana Quito Ramírez (30 años), y Steffany Maggumy Quito Ramírez (23 años), todos mayores de edad a la fecha, conforme a las declaraciones asimiladas por las partes, por lo que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a los alimentos, tenencia, patria potestad y régimen de visitas de aquellos.

Respecto al cese de la obligación alimentaria: el divorcio pone fin a la relación alimentaria, salvo las excepciones que prescribe el artículo 350 del Código Civil, y de la revisión de los actuados no se ha podido verificar que la demandada-reconviviente se encuentre en estado de necesidad; más aún: indica en su contestación de demanda que tiene un puesto de venta y que dicho negocio se encuentra administrando junto a sus hijas y dicho ingreso les sirve para la mantención de sus hijas y los estudios académicos de las mismas.

En lo concerniente a la indemnización: La demandada en su escrito de contestación y reconvención ha adjuntado la partida de nacimiento ante la Municipalidad Distrital de Independencia, provincia de Huaraz, causándole

indignidad y daños emocionales, porque cada momento hacía abandono injustificado de hogar conyugal, hecho que se encuentra corroborado con su infidelidad, en consecuencia, provocando a la agraviada un daño psicológico debidamente acreditada; más aún: si desde dicha fecha de la separación hasta la actualidad no contó con el apoyo económico ni moral del demandado, por lo que le correspondería una suma de dinero por el daño moral en la suma de cinco mil y 00/100 soles de acuerdo al daño generado a la demandanda-reconviniente.

Con respecto a la demanda-causal de separación de hecho: Conforme se advierte en el quinto considerando de la presente resolución, y estando a que se ha resuelto primero la causal de divorcio por abandono injustificado del hogar conyugal, habiéndose determinado la responsabilidad del demandante-reconvenido, no se procede a resolver la causal de divorcio “remedio” por cuanto la primera ya ha sido probada, ya que solo en caso de que no se pruebe la causal del abandono injustificado, entraría el juez a pronunciarse sobre el divorcio remedio, que por lo general no es sancionador, sin perjuicio de la indemnización en el caso que hubiere un cónyuge perjudicado, por lo que ya habiéndose probado y por estimado el divorcio por abandono injustificado de la casa conyugal, careciendo de objeto pronunciarse con respecto a la causal de separación de hecho.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 La familia

La acepción común del término *familia* lleva a que se le reconozca como un grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco (Casación N.º 01353- 2012-PHC/TC, 2012).

A nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, “elemento natural y fundamento de la sociedad”, “fundamento de la sociedad”, “asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”, “base de la sociedad” “célula fundamental de la sociedad”, por citar algunos. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, “sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

La familia está conformada por la unión indisoluble (perpetua) entre un hombre y una mujer y por los hijos que son frutos de esta unión. La familia tiene dos características fundamentales.

- Es una institución natural: esto quiere que la familia no es un invento humano no es una creación cultural
- Es núcleo fundamental de la sociedad.

Dentro de las diversas definiciones doctrinables sobre la familia, tenemos la de Bautista (2008), quien manifiesta: “La familia es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco” (p. 21).

En el caso peruano, es la Constitución de 1933 la que por primera vez dispone de manera expresa, la tutela de la familia. En su artículo 53 indica: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”. La Constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia, que era referida como una “sociedad natural y una institución fundamental de la nación”, mientras que la Constitución vigente dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (art. 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (art. 7). Ello se vincula, a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13 que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.

A pesar de la gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto. Es claro entonces que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos legítimos y no legítimos (Exp. N.º 06572-2006-PA/TC, 2007).

La familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, “su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional”; es pues, “agente primordial del desarrollo social (Exp. N.º 06572-2006-PA/TC, 2007).

2.2 El matrimonio

2.2.1 Definición

El matrimonio es la base de la cual surge la familia; a su vez, es el centro de las demás instituciones que integran el derecho complementario. Es por esa razón que el matrimonio es concebido como una institución jurídica de mucha importancia dentro del derecho privado ya que es el fundamento de la organización civil, entendida esta como la comunidad de vida de un hombre y una mujer reconocida, amparada y regulada por el derecho; esta institución estará encaminada a la

conservación y desarrollo de la especie. En la doctrina se encuentran diversas definiciones. Wolff (1995, como se cita en Jara, 2012) define en los siguientes términos: “El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas” (p. 27). El matrimonio desde el punto de vista sociológico, constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Del mismo modo, Valverde (1942), en su libro de *Derecho de familia en el Código Civil peruano*, menciona: “Para el derecho es un acto jurídico-familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos” (p. 34). De lo mencionado, el matrimonio es un acuerdo libre de voluntades de un hombre y una mujer. Según la legislación nacional, el matrimonio únicamente puede celebrarse entre un hombre y una mujer y no entre más de un hombre o más de una mujer, consagrándose de ese modo la monogamia en la familia que es el sistema matrimonial predominante en la legislación comparada.

El matrimonio implica cohabitación, es decir, la mutua satisfacción de índole sexual de los cónyuges. Esta institución se encuentra regulada en el artículo 234, que habla sobre la voluntad para constituir un matrimonio y precisa que el marido y la mujer tienen autoridad en el hogar, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales; es decir, es una unión voluntaria o libre 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 en común. En virtud al matrimonio, la pareja se obliga a formar una comunidad doméstica, es decir, a vivir bajo el mismo techo, y prometen guardarse fidelidad siempre uno para el otro. Esta promesa forma parte de la esencia del matrimonio y no ser excluido en ningún caso.

De esta manera, el matrimonio es la más importante fuente jurídica del derecho de familia por el que la mujer y el varón asociados en una perdurable unidad de vida, sancionada por la ley, se complementan recíprocamente y cumpliendo los fines de la especie, la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia.

2.2.2 Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, en la doctrina existen varias teorías, a las cuales se hace referencia en los siguientes apartados.

2.2.2.1 Matrimonio como contrato

Según esta concepción, el matrimonio se entiende como un contrato, es decir, una unión contractual entre marido y mujer, jurídicamente reconocida y reglamentada, estableciendo entre ellos una unión de ley reglamentada de alguna manera y que ellos no pueden romper a voluntad. Al respecto, Albaladejo (como se cita en Jara, 2012) refiere:

Jurídicamente, el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, las de los contribuyentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial. Por lo tanto, desde luego que, basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico. (p. 32)

De lo citado, se puede decir que el matrimonio supone el acto voluntario de ambos cónyuges. El consentimiento desempeñara un papel primordial al igual que en un contrato, pero con ciertas diferencias, ya que el contrato, en sentido estricto, se caracteriza por un plazo, delimitado por un tiempo determinado; sin embargo,

este plazo no existe en el matrimonio: puede ser disuelto solo por el divorcio mediante la intervención de la autoridad judicial; así mismo, el contrato se arregla o pacta de acuerdo a la voluntad de la partes, mientras que en el matrimonio se tienen reglas generales para todos.

A pesar de esta postura, según el artículo 1351 del Código Civil peruano, el contrato es un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, por el cual las partes están facultadas a dejar lo convenido por mutuo descenso o incumplimiento. Esta definición no puede ser aplicable al matrimonio, ya que a) primero, el matrimonio supone de voluntades de las cuales se derivan relaciones de naturaleza patrimonial y otras de índole personal, ético, moral y espiritual que no pueden ser valoradas monetariamente; b) segundo, el matrimonio no puede simplemente dejarse sin efecto alguno a no ser por alguna causa predeterminada legalmente, mientras que los contratos sí pueden ser dejados sin efecto por alguna causa o por alguna de las partes; c) tercero, los contratantes están impedidos de imponerse condiciones mientras que esto sí es viable en el área contractual. Siendo la única similitud resaltante en cuanto a la manifestación de voluntades como un modo de aceptación.

2.2.2.2 Matrimonio como institución

Esta postura critica la postura contractual de algunos doctrinarios, ya que manifiesta que el matrimonio es una institución en la que los esposos deciden llevar una vida en común, constituir un hogar, crear una familia con cierto fin, cediendo las voluntades individuales con un fin común o interés general por lo que se creó la familia. Si tomamos como punto de partida la razón de la unión matrimonial, esta

es un acuerdo de voluntades, pero si examinamos la institución profundamente comprenderemos que el matrimonio implica mucho más, ya sea por la consecuencia de este o por el tiempo de duración que tiene. Así, la corriente que se halla mucho más acorde con la naturaleza jurídica del matrimonio es la que lo considera como una institución siendo, de modo que los efectos jurídicos que genera los mismos que no guarda relación al cien por ciento con el deseo o voluntad de los contrayentes, quienes desconocen o no saben con exactitud las consecuencias del matrimonio; los efectos del matrimonio se perpetua en los hijos habidos dentro de él.

2.2.3 Característica del matrimonio

La doctrina en su mayoría menciona que el matrimonio tiene las siguientes características fundamentales, las cuales son:

- **Unión monogámica y heterosexual:** referida a la unión de un solo hombre con una sola mujer, es decir, en la legislación nacional predomina lo que es la monogamia.
- **Es una unión estable, indisoluble o permanente:** se busca que el matrimonio sea indisoluble; sin embargo, hoy en día se concibe que esta institución sea disuelta por la muerte o divorcio, diferenciándose en este punto de la convivencia.
- **Es una unión solemne:** lo que significa que la forma en que se celebra el matrimonio debe estar acorde a ley y a los requisitos que exige esta.

- **Es una unión legal:** porque los derechos y deberes de los cónyuges derivan de la ley o impuestas por estas, que son inmodificables por la voluntad de los esposos.
- **Es una comunidad:** ya que importa una comunidad de vida para ambos esposos surgiendo las consecuencias de unidad social, jurídica y biológica.

2.2.4 Importancia del matrimonio

El matrimonio tiene trascendencia variada en lo jurídico, social, económico y política. Según Jara (2012):

El estado se procura establecer lo más adecuado para él, y, correlativamente, para el mismo Estado, pues la familia es la célula básica de la sociedad; y una de las formas en que el Estado asegura el normal desenvolvimiento y observancia de los fines de la familia, el fomento del matrimonio, pues este otorga fuerza y estabilidad a la relación entre los cónyuges, entre estos y sus hijos (p. 52).

2.2.5 Fines del matrimonio

Se resaltan tres fines fundamentales: procreación, mutuo auxilio o ayuda mutua y complementación. Cabe mencionar que los fines antes pronunciados no son los únicos, sino solo los principales que guardan relación directa con el fin del matrimonio, además de los cuales se debe dar una comunidad de sentimientos morales y espirituales. Varsi (2011) menciona que “la finalidad del matrimonio es la comunidad de vida plena (física, existencial y económica) entre la pareja, responsabilidad del derecho de su descendencia” (p. 46). Algunos autores

manifiestan la existencia de fines primarios, como el de procreación y la educación de la prole, y los fines secundarios, como la ayuda mutua y el remedio de la consecuencia, entendida como la satisfacción del instituto sexual. En resumen, los fines de matrimonio son (a) la procreación de los hijos de la que surgen deberes de asistencia y formación de los hijos; (b) formación de la base de la organización familiar; (c) la ayuda mutua entre los cónyuges propios de hacer en común.

2.2.6 Deberes y derechos que nacen del matrimonio

Del matrimonio, resulta una serie de derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges. Estos derechos y deberes serán una especie de consecuencia ineludible de la que no pueden sustraerse los esposos, ya que se basan en el orden público y en la naturaleza propia del matrimonio, que implica una comunidad solidaria de sentimientos, atracción mutua, afección recíproca y de interés que corresponden al nombre, la fidelidad, convivencia y asistencia.

2.2.6.1 Obligación de los cónyuges frente a los hijos

Estas obligaciones se desprenden del artículo 287 el Código Civil por medio del cual los cónyuges se obligarán mutuamente a alimentar y educar a sus hijos. Del mismo modo, el artículo 235 —primer párrafo del Código Civil— establece que los padres están obligados a proveer sostenimiento, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.

2.2.6.2 Deberes entre los cónyuges

Entre los deberes entre los cónyuges se encuentran:

- a) **Deber de fidelidad y asistencia:** Según lo establecido en el artículo 288 del Código Civil, los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia; la fidelidad es una consecuencia de carácter monogámico del matrimonio, por la cual los esposos estarán obligados a guardarse fidelidad, y, así, si alguno faltara a esta obligación puede ser demandado ya que la infidelidad no ofende no solo a uno sino a la unión matrimonial como tal. Por su parte, el deber de asistencia debe ser entendido desde su aspecto moral o espiritual y otro material, entendido el primero como la solidaridad, el trato decoroso y apoyo que se brinda en las diversas etapas de la vida, y el segundo, como el cuidado personal en caso de enfermedad o invalidez.
- b) **Deber de cohabitación de los cónyuges:** De acuerdo a lo previsto en el artículo 289 del Código Civil, es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal; algunos autores manifiestan que la cohabitación comporta principalmente *ius in corpus*, es decir, el derecho de un cónyuge sobre el cuerpo del otro en relación con la procreación de la prole. En su expresión estricta, este deber prohíbe el abandono del hogar conyugal.
- c) **Deberes relacionados con el gobierno del hogar:** Estos deberes se han establecido de acuerdo con el artículo 290 de Código Civil en el que se menciona: “Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo. A ambos les competen fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir la cuestión referente a la economía del hogar”.

- d) Deber de sostener a la familia y de colaborar en el trabajado del hogar y cuidado de los hijos; este deber recae sobre el otro sin perjuicio de la colaboración de ambos cónyuges.

2.2.6.3 Derechos de los cónyuges

La libertad de trabajo de los cónyuges tiene base en el artículo 293 del Código Civil, mediante el cual se establece que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitida por ley, así como realizar trabajo fuera del hogar con el asentimiento del otro; sin embargo, si este se niega el juez puede autorizarlo (vía proceso sumarísimo) si lo justifica el interés de la familia.

2.3 El divorcio

El divorcio es una creación de derecho, basado en que si el matrimonio surgió de la voluntad debería o podría terminar de la misma manera.

2.3.1 Concepto de divorcio

Etimológicamente viene de la voz latina *divortium*, que significa ‘separar’. El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges. De conformidad con el artículo 348 del Código Civil vigente, divorcio es una institución del derecho de familia que consiste en la disolución del vínculo matrimonial por decisión judicial, por causas establecidas en la ley y que pone fin a la vida en común de los esposos. Ello implica la ruptura total y definitiva de lazo conyugal. Para Varsi (2011), el divorcio es “una institución del derecho de familia

que consiste en la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyéndose los excónyuges su capacidad para contraer matrimonio” (p. 319).

2.3.2 Teoría sobre el divorcio

Desde el punto de vista de la doctrina, el divorcio ha sido dividido en las siguientes clases:

2.3.2.1 Divorcio sanción

Por el divorcio sanción, el legislador tiene en cuenta las faltas, más o menos graves, que ha cometido uno de los cónyuges; en este caso, el divorcio viene a ser una sanción del Tribunal contra el cónyuge culpable. En el divorcio sanción, se busca al culpable y se le sanciona. Es decir, ante el fracaso matrimonial se busca al responsable del fracaso para sancionarlo por la ley. Dentro de la teoría del divorcio sanción, se establece causales específicas y taxativas referidas a inconductas. Dentro de las sanciones que se le aplican al cónyuge que propició divorcio se encuentran: la pérdida de la patria potestad, pérdida del derecho hereditario, pérdida de derecho alimentario, pérdida de derecho de gananciales que procedan de los bienes de otro y la pérdida de derecho al nombre.

2.3.2.2 Divorcio remedio

Considera al matrimonio como una institución. La disolución no podrá ser entregada a la libre voluntad de los esposos ya que para divorciarse se deberán acoger a las causas determinadas por el código. Este divorcio es para remediar esta dificultad. No se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya

existente en el que se incumplen los deberes conyugales; aquí no interesa buscar el que provocó la situación, sino solucionarla.

2.3.2.3 Divorcio por repudio

Es aquel mediante el cual solamente el marido está capacitado para divorciarse, lo cual consiste en alejar lejos de sí a la mujer. El divorcio por voluntad unilateral es aquel por el cual el vínculo matrimonial se rompe sin examen ni motivo, es decir, los cónyuges podrán recuperar su libertad cuando lo consideren oportuno. Es decir, se trata de una disolución sin expresión de causa, es un acto unilateral de uno de los cónyuges; este tipo de divorcio tiene vigencia en los países islámicos.

Con la reforma efectuada por la Ley N° 27495 de 07.07.01, el sistema peruano contempla, por un lado, causales subjetivas o inculpatorias propias del sistema de divorcio-sanción y, por otro, causales objetivas o no inculpatorias, como la separación de hecho y la separación convencional pertenecientes a la doctrina del divorcio remedio, que, sin duda, se ajustan a la realidad peruana; por consiguiente, podemos afirmar que se ha adoptado el sistema intermedio.

2.3.3 Causales del divorcio

En el Perú se permite el divorcio entre los cónyuges por causales taxativas expresadas en el artículo 333 del Código Civil; sin embargo, el divorcio por causal resulta muchas veces una batalla muy difícil, dada la exigencia probatoria requerida en los tribunales. Así, según dicho artículo, son causales de separación de cuerpos:

- El adulterio.
- La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
- El atentado contra la vida del cónyuge.
- La injuria grave que haga insoportable la vida en común, la cual debe ser apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.
- El abandono injustificado de la casa conyugal.
- Conducta deshonrosa.
- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancia que pueden generar toxicomanía.
- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración de matrimonio.
- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- La condena judicial por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años impuesta después de la celebración de matrimonio.
- La imposibilidad de hacer vida en común debidamente probado en proceso judicial.
- La separación de hecho de los cónyuges durante periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuvieran hijos menores de edad. En estos casos, no será aplicable lo dispuesto en el artículo 335 del Código Civil, que prescribe que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.

- Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

2.3.4 Efectos del divorcio

a) Con relación a los cónyuges

- Disolución del vínculo matrimonial.
- Cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque puede subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades.
- Se extingue el régimen de la sociedad de gananciales.
- Perdida por el cónyuge culpable de los gananciales que proceden de los bienes del inocente.
- Cesación de llevar el apellido del marido.
- Posibilidad de que el cónyuge inocente exija una indemnización por el daño moral.
- Desaparece el parentesco por afinidad entre cónyuges y los parientes consanguíneos del otro.

b) Con relación a los hijos

- Ejercicio de la patria potestad, tenencia y régimen de visitas.
- Derecho alimentario.

2.4 El abandono de hogar o casa conyugal

2.4.1 Concepto

El abandono de hogar consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de la obligación conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales y deberes matrimoniales, siendo lo primero deberes con el cónyuge y lo segundo, deberes tanto con el cónyuge y con los hijos extensivamente (Casación: CAS. N° 577-98, 17 de noviembre de 1998).

2.4.2 Causal de abandono injustificado de la casa conyugal

El abandono es la dejación, abjuración o deserción unilateral de uno de los cónyuges del hogar conyugal sin motivo justificado. Entonces viene a ser otra causa que genera el divorcio que consiste en el alejamiento de la casa conyugal o en el rehusamiento de retornar a ella por uno de los cónyuges en forma injustificada y con el propósito de sustraerse al cumplimiento de sus deberes conyugales y paternofiliales, por el tiempo establecido en la ley. Se trata de otra causa directa, inculpatoria y perentoria que ocasiona el divorcio. Esta causa, halla su base, en una grave infracción del deber de hacer vida en común en el domicilio conyugal, que consiste en la deserción de uno de los cónyuges, del lugar donde se desarrolla la vida en común de los consortes y, también, en la intención de sustraerse al cumplimiento de sus deberes conyugales y familiares, violándole los deberes de cohabitación y de asistencia recíproca.

2.4.3 Elementos concurrentes del abandono de hogar

- a) Elemento material u objetivo, que está constituido por el apartamiento físico del cónyuge abandonante del domicilio común, manifestando en el abandono de la casa conyugal (alejamiento) y el rehusamiento de retornar a ella (negativa).
- b) Elemento subjetivo, que se expresa en la intención deliberada de uno de los cónyuges para poner fin a la comunidad de vida, de tal modo que el abandono deberá ser voluntario por lo que no incurre en esta causa el consorte que es arrojado de la casa común, porque el abandono debe ser contrario a la voluntad del inocente; se entiende que el abandonante al desertar de la casa conyugal lo hace también con el propósito de eximirse del cumplimiento de sus obligaciones conyugales y de las paterno-filiales.
- c) Elemento temporal, determinado por el transcurso de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda de este plazo.

2.4.4 Diferencia entre abandono injustificado y la separación de hecho

De la separación de hecho no existe cónyuge culpable, ya que puede haberse generado dicha separación por acuerdo mutuo y también por voluntad unilateral, suponiéndose en tal situación la esencia o conformidad al menos tácita del otro. En ese sentido, algunos autores sostienen que no abandona aquel que es arrojado de la casa conyugal, ni podrá reclamarse el abandono quien maliciosamente dejó el hogar y que al retornar este, ya no existe. Se entiende que el domicilio o casa conyugal debe estar realmente constituido, lo que resulta fundamental para que configure la causal, porque de lo contrario no podría darse el abandono. Respecto a la probanza del abandono se acredita por cualquiera de los medios probatorios contemplados en

la ley procesal, especialmente, con el certificado de la denuncia policial por abandono de la casa conyugal y su respectiva investigación o, también, con la carta notarial dirigida al abandonante invitándolo a retornar a la casa conyugal. Se advierte que el derecho y la acción no caducan, lo que significa que el abandonado puede interponer la acción encaminada a conseguir la disolución del nexo conyugal, en cualquier tiempo y mientras subsista el abandono y rehusamiento.

CAPÍTULO III

JURISPRUDENCIA

3.1 El divorcio por separación de hecho

La Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha definido esta causal como “la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad unilateral de uno de ellos o de ambos; en segundo término, que se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la exigencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado y, en tercer lugar, que a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios”. En general, la separación de hecho se funda en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio, como es hacer vida común en el domicilio conyugal. Se trata de un acto de rebeldía, al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio. En cuanto al fundamento, la causal de separación de hecho pertenece a la doctrina del divorcio remedio, cuya finalidad es dar solución al conflicto conyugal. La separación de hecho también tiene su ventaja, que es la de solucionar regularizando la incertidumbre de numerosos matrimonios quebrados por el transcurso del tiempo. En ese sentido, se puede definir el divorcio por separación de hecho como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad unilateral de uno de ellos o de ambos, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva quiebran el deber de cohabitación en forma temporal o permanente; a diferencia de otras causales, el accionante puede fundar su demanda en hecho propio.

3.2 Requisitos de la separación de hecho

Resulta necesario mencionar los elementos que configuran la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio.

3.3 Efectos legales de la separación de hecho

El primer efecto de la separación de hecho como causal de divorcio es la disolución del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes jurídicos, que derivan del matrimonio, como la cohabitación, la fidelidad y la asistencia mutua. Lo señalado se desprende del artículo 24 del Código Civil que señala que la mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de la separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho de llevar el apellido del marido. En caso de controversia, resuelve el juez.

El segundo efecto de la separación de hecho como causal de divorcio está relacionado con la estabilidad económica del cónyuge perjudicado. Nuestra legislación propone que el juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo mediante dos maneras: Una primera forma es mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria incluyendo el daño personal; mientras que, la segunda es la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal.

Con respecto a la patria potestad y derecho alimentario, el juez fija en la sentencia el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o del marido, observando los intereses de los hijos

menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Se debe señalar que el artículo 345-A CC, *in fine* nos remite a otras normas, como son los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil. En efecto, los mencionados artículos han sido comentados por diferentes especialistas en derecho de familia.

Plácido (1984) señala que la mención explícita de este artículo en nuestra legislación se trata de un dispositivo que determina la condición que corresponde al remanente de los bienes sociales que queda después de efectuada la liquidación del régimen de sociedad de gananciales. En efecto, se desprende que, al finalizar la sociedad de gananciales, se deberá liquidar esta estableciendo un inventario de bienes en el cual se discrimine entre los bienes propios y los bienes sociales. De una interpretación extensiva y concordada de los artículos 345-A CC y el artículo 323 del mismo cuerpo legal se concluye que la adjudicación preferente está referida principalmente al inmueble constituido en la casa habitación de la familia destinado a establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar.

3.4 Cuestiones procesales de la separación de hecho en el Código Civil peruano

Un primer aspecto procesal es que la titularidad de la acción corresponde a los cónyuges, ya que tiene carácter estrictamente personal de acuerdo con el artículo 334 CC, el mismo que establece como excepción si alguno de ellos es incapaz, ya sea por enfermedad mental o por declaración de ausencia, la acción que puede ejercitarse por cualquiera de sus ascendientes si se funda en una causa específica. Un segundo aspecto procesal está referido a la competencia; es competente el juez de familia del último domicilio conyugal o el del lugar donde reside el demandado, a elección del demandante. El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges

viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron de conformidad con el artículo 36 CC. Un tercer aspecto procesal en nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 113 CPC, por el Ministerio Público está autorizado para intervenir en un proceso civil como parte, como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite y como dictaminador. En el proceso de divorcio por causal, y tal como lo ha señalado el artículo. 481 CPC, es parte el representante del Ministerio Público, por lo que no emite dictamen alguno. El cuarto aspecto procesal está referido a la vía procedimental; en este caso, la vía es el proceso de conocimiento y solo procede a pedido de parte, de conformidad con el artículo 475 inc. 1 CPC. El quinto aspecto procesal, de conformidad con el artículo. 357 CC, por el que el demandante en cualquier estado de la causa puede variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una separación de cuerpos, siendo su objeto posibilitar la reconciliación de los cónyuges. Lo señalado constituye una excepción a la regla general regulada en el artículo 428 CPC, por la cual solo se pueden modificar la demanda y la reconvención hasta antes de que sean notificadas. El sexto aspecto procesal es que, en el proceso de divorcio por causal, el actor debe proponer en la demanda la acumulación de pretensiones que, en relación con la principal de divorcio, tienen la calidad de accesorias, como los alimentos y el cuidado de los hijos, la suspensión o privación de la patria potestad y la distribución de bienes gananciales.

En ese marco, el artículo 485 CPC señala: “Después de interpuesta la demanda son procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges, alimentos, tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; administración y conservación de

los bienes comunes”. El séptimo aspecto por regla general es que ninguno de los cónyuges puede fundar su demanda en hecho propio de acuerdo a lo previsto en el artículo 335 CC. Sin embargo, excepcionalmente, dicha norma no es aplicable en los casos de divorcio por separación de hecho de acuerdo al artículo 333, inciso 12, del CC que señala: “En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335”. El último aspecto, es que la norma ha establecido un requisito procesal, que es “el estar al día en las obligaciones alimentarias”.

3.5 El divorcio por causal de adulterio

La infidelidad se constituye como una causal de divorcio, siempre y cuando, entendamos por infidelidad lo mismo que por adulterio. El adulterio es la unión sexual ilegítima de varón con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. Siendo así, reiteramos que solamente desde esta perspectiva, la infidelidad puede ser considerada como causal de divorcio; ya que el Código Civil en el artículo 333 —en el cual se regulan las causales de divorcio— señala como causal de disolución del vínculo matrimonial al adulterio y la no a la “infidelidad” en general; esta precisión tiene mucha importancia, debido a que el término *infidelidad* en el lenguaje coloquial suele tener un significado muy amplio. *Infidelidad*, en lenguaje llano, muchas veces comprende actos como salidas, besos o reuniones con personas distintas al cónyuge. Todo ello es irrelevante para el mundo del derecho. Siendo así, lo que sanciona el derecho como causal de divorcio es el acto sexual de uno de los cónyuges con terceros. El código regula muy exigentemente el divorcio por infidelidad (adulterio). Solamente se limita a señalar que dicho acto se constituye como causal de divorcio.

Ahora bien, lo que se sanciona con el divorcio es el acto sexual con persona distinta al cónyuge. Sin embargo, tampoco el mero acto sexual basta para determinar la actuación de la causal de divorcio por adulterio.

Bajo esta óptica, los estudiosos del derecho señalan que para que se configure dicha causal se requiere que además del acto material (el acto sexual) exista intención. Es decir, el cónyuge que tuvo contacto sexual con persona distinta, tuvo que haber tenido la voluntad de hacerlo, de lo contrario no se habrá configurado la causal de divorcio.

Por esta razón se encuentran excluidos de esta causal los casos de violación sexual o de confusión inevitable. Debido a que lo que se sanciona con el divorcio es el acto sexual intencional, los cónyuges que deciden demandar el divorcio tienen muchos problemas al momento de probar el acto. Al margen de que se presente algún caso en el que se pueda probar con contundencia el acto sexual, por lo general nuestro código acepta la prueba indiciaria; por ello, las pruebas aportadas en un proceso de divorcio por adulterio son la partida de nacimiento de hijo extramatrimonial concebido durante el matrimonio, así como, la prueba de convivencia pública.

3.6 Abandono conyugal y/o abandono injustificado

No es suficiente la ausencia física del cónyuge culpable, sino que además se requiere que esta conducta haya sido determinada intencionalmente, y con el objeto de no hacer vida en común en el domicilio conyugal, infringiendo el deber de cohabitación de los cónyuges; ya que existen excepciones como que la cohabitación ponga en peligro la vida en común, la salud o el honor de cualquier de los cónyuges

o la actividad económica del que dependa el sostenimiento familiar (Exp: 126-2009. Corte Superior de Justicia de Lima).

3.7 Abandono injustificado: acreditación

Para que exista abandono injustificado no basta la sola presencia de la configuración de denuncia presentada, sino también es necesario la constatación y respectiva investigación, así como también probar la voluntad manifiesta de sustraerse de los deberes del matrimonio, sin motivo atendible, con el propósito de destruir la unidad conyugal, y que el abandono se prolongue más de dos años continuos, o cuando la duración sumada de los periodos exceda a ese plazo (Exp: 639-2008. Corte Superior de Justicia de Lima).

3.8 El alejamiento basta para constituir abandono como causal de divorcio

El simple hecho del alejamiento ausencia o separación no basta para constituir el abandono como causal de divorcio; se requiere además que el ofensor se sustraiga de los deberes que la ley les impone a los cónyuges para asegurar los fines del matrimonio y que transcurra el periodo determinado de tiempo (dos años) (Exp: 1396-2009. Corte Superior de Justicia de Lima).

3.9 Abandono injustificado: configuración

El abandono consiste en la dejación del hogar conyugal con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales; dicho abandono debe reunir tres elementos: el objetivo, entendiéndose como la dejación material o física del hogar conyugal; el subjetivo,

esto es, que el cónyuge se sustraiga intencionalmente, en forma libre y voluntaria al cumplimiento a sus deberes conyugales; por lo tanto, para configurar el abandono voluntario y malicioso, el cese de la convivencia debe responder al propósito deliberado de sustraerse al cumplimiento de tal deber; y, por el temporal, vale decir que transcurra un determinado periodo de tiempo, que se encuentra señalado en ley (Exp: 724-2005. Corte Superior de Justicia de Lima).

3.10 ¿Cuándo se entiende que desaparece el carácter injustificado del abandono de la casa conyugal?

Se entiende que desaparece el carácter injustificado del abandono cuando ambos cónyuges acuerdan vivir separados o viviendo en la misma casa convienen variar el cumplimiento de sus obligaciones conyugales; por lo que el que invoca esta causal, no solo debe acreditar la naturaleza indicada del abandono, sino también su carácter injustificado (Casación CAS. N° 528-99-Lima, 19 de octubre de 1999).

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

4.1 Etapa postulatoria

Esta etapa tiene por objeto el ámbito de la controversia o incertidumbre jurídica. En ella las partes justiciables presentan y fundamentan sus pretensiones y defensa; por ser la etapa más amplia, comprende: demanda, notificación, cuestiones probatorias, excepciones, defensas previas, contestación, reconvencción, el saneamiento procesal, audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos, el saneamiento probatorio, juzgamiento anticipado del proceso.

Tal como se puede verificar en el petitorio de la demanda, el recurrente solicita como pretensión principal divorcio por causal de separación de hecho, y como acumulación objetiva de pretensiones, se declare el finecimiento del régimen de la sociedad de gananciales. Asimismo al fundamentar su demanda hace mención que ambos cónyuges procrearon tres hijos quienes ya habrían adquirido la mayoría de edad, siendo de treinta cinco (35) años de edad, veintisiete (27) años de edad, y veinte (20) años de edad, y que por falta de comprensión, amor, cariño y por no tener acceso a la casa conyugal es que optó por retirarse forzosamente, y que a la fecha ya habrían transcurrido más de tres años; sin embargo, en la demanda no se consignó la descripción exacta del bien inmueble que habrían contraído los cónyuges.

4.2 Calificación de la demanda

El juez califica la demanda y le requiere al demandante precisar el último domicilio conyugal que tuvo con la demandada, y que precise respecto a la prestación de

alimentos para la cónyuge; por lo que mediante escrito de fecha 18 de marzo del 2014, el abogado del demandante Pedro Alejandro Quito Pineda, subsana las omisiones advertidas mediante Resolución N° 01, refiriendo que: a) el último domicilio conyugal que tuvieron con la demanda se encontraba en la Urbanización Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira, distrito de Independencia, provincia de Huaraz, departamento de Áncash, domicilio que habita en la actualidad la demandada; y b) sobre la prestación de pensión de alimentos para con la cónyuge, nunca tuvieron acuerdo alguno, por el mismo hecho y por la forma en que se separaron, no existe demanda alguna en la vía judicial ni extrajudicial. En ese contexto, mediante Resolución N° 03 de fecha 20 de junio del 2014, el juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz, resolvió admitir a trámite en la vía de proceso de conocimiento la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, interpuesta por Pedro Alejandro Quito Pineda contra Gloria Ramírez Zerpa, y ofrecidos los medios probatorios, agregándose a los autos los anexos acompañados, y notificada la demandada, así como la Fiscalía Mixta de Independencia, por el término de treinta días para que absuelva, bajo apercibimiento, de continuar con el proceso en su rebeldía.

4.3 Contestación de la demandada

Luego haberse declarado fundado el recurso de nulidad de la demandada, y ordenada su debida notificación del auto admisorio y el escrito de la demanda y anexos, la demandante no solo contesta la demanda, indicando que el demandante siempre ha realizado abandono de hogar y que sus hijas siempre han vivido sin su presencia y sus hijas no han recibido el amor de su padre. Olvidándose, así, de pasar

una pensión alimenticia para sus hijas que se encuentran estudiando en el nivel superior, causándoles daño moral y económico, porque el abandono injustificado de hogar conyugal ocurrió varias veces. Nunca existió una relación normal por su conducta y la irresponsabilidad frente a sus obligaciones del hogar y sus hijos, por lo que solicita declare infundada e improcedente la demanda más costas y costos del proceso a favor de esta, para el cual ofrece medios probatorios. Por ello, plantea reconvención originaria y accesoria de divorcio por causal de adulterio, abandono del hogar conyugal y adjudicación de inmueble contra Alejandro Quito Pineda, a efectos de que se disuelva el vínculo matrimonial habido con el demandante, se adjudique el inmueble conyugal ubicado en la Urb. Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz 1, lote 5 Palmira, del distrito de Independencia y provincia de Huaraz, con Partida Registral N° 02000495, y se entregue y adjudique el vehículo de placa: 00-9672, clase Pick Up, marca Toyota, año 1994, modelo Hilux 4x2, carrocería cabina, doble furgón, color blanco con serie número RN855105071.

4.4 Contestación del Ministerio Público

La fiscal provincial Gloria Luz Roció Martell Díaz, mediante escrito de fecha 18 de julio del 2014, solicita al juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Familia de Huaraz, se apersona absolviendo el traslado de la demanda de divorcio por causal, solicitando se declare la misma FUNDADA, indicando que el demandante en sus fundamentos del petitorio, específicamente en su numeral 2.1.6, que desde el día que se separaron hasta la fecha han transcurrido más de tres años, razón suficiente para invocar el divorcio por causal de separación de hecho.

4.5 Saneamiento procesal

La demandante al momento de proponer los puntos controvertidos, de conformidad a lo establecido en el artículo 468 del Código Procesal Civil, esto es, determinar: a) la existencia de la separación de hecho entre el demandante y la reconviniendo (demandada); b) si el demandante cumple con los requisitos señalados en el artículo 345-A del Código Civil para que proceda la pretensión demandada; c) la existencia de causal de adulterio por parte del demandante; d) el abandono de hogar conyugal por parte del demandante; e) si corresponde o no la adjudicación del inmueble a la reconviniendo; y f) al causante del divorcio por causal de adulterio y abandono de hogar conyugal. Sin embargo, mediante Resolución N° 16 de fecha 05 de enero del 2016, el juez del Juzgado de Familia Transitorio de Huaraz fija como puntos controvertidos determinar: a) si se ha producido la causal de separación de hecho entre los cónyuges para declararse el divorcio según dicha causal; b) si se han procreado hijos, la edad que tienen ahora, a fin de verificar los derechos que les asisten; c) si el demandante ha incurrido en las causales que den lugar a la disolución del vínculo matrimonial; d) si corresponde una indemnización por daño moral y personal a favor de la demandada reconviniendo; y e) si durante la vigencia de la unión conyugal las partes han adquirido bienes muebles e inmuebles que sean susceptibles de liquidación o forma parte de la indemnización solicitada por la demandada.

Asimismo, en audiencia se tiene por actuados los medios probatorios de la demanda interpuesta por Pedro Alejandro Quito Pineda, y de la contestación de la demandada, Ramírez Zerpa Gloria; además, se actuaron los medios probatorios de la reconvención planteada por Gloria Ramírez Zerpa.

4.6 Sentencia de primera instancia

El juez del Juzgado de Familia Transitorio de Huaraz resuelve declarar fundada la demanda interpuesta por don Pedro Alejandro Quito Pineda contra doña Gloria Ramírez Zerpa, sobre divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, declaro disuelto el vínculo matrimonial contraído por ellos ante la Municipalidad Distrital de San Marcos, provincia de Huari con fecha catorce de agosto de mil novecientos setenta y siete, tal como se registra en la partida de matrimonio. Dese por fenecida la sociedad de gananciales que pertenecía a ambos cónyuges a partir del dieciséis de noviembre del año dos mil cinco, fecha en que en el séptimo considerando se reconoce el haberse producido la separación de hecho de acuerdo a lo previsto en el artículo 319 del Código Civil. Procédase a la liquidación en ejecución de sentencia, de los bienes adquiridos dentro de la sociedad de gananciales de la familia Quito Ramírez, sin perjuicio de incluir, en caso hubiera los no contemplados en el presente proceso; e infundado la reconvención planteada por doña Gloria Ramírez Zerpa.

Refiriendo que, el divorcio por la causal de separación de hecho no exige la expresión de razones por las cuales la separación se ha materializado, pues solo basta acreditar los plazos establecidos en la norma denunciada, por lo que queda en autos acreditado que la separación de hecho de ambas partes se produjo el dieciséis de noviembre del año 2005, y a la fecha de interpuesta la demanda habían transcurrido casi once años de separación, cumpliéndose así la exigencia del transcurso ininterrumpido de dos años cuando no hay hijos menores de edad, previsto en la norma, por lo que la causal invocada en la demanda debe ser declarada fundada.

Asimismo, el Juzgado refiere que las hijas serían mayores de edad, teniendo la última 22 años de edad, no correspondiendo determinar alimentos, patria potestad, tenencia o régimen de visitas alguno respecto a ninguno de ellos, desde que no se acredita que estén siguiendo estudios superiores satisfactoriamente.

Sobre si el demandante ha incurrido en las causales de adulterio y de abandono injustificado del hogar conyugal que den lugar a la disolución del vínculo matrimonial, el artículo 339 del Código Civil señala que la acción basada en la causal de adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido o en todo caso a los cinco años de producida, en ese contexto el plazo de caducidad no admite suspensión o interrupción alguna tal como lo prevé el artículo 2005 del Código Civil; siendo ello así, que el adulterio ha caducado si tomamos en cuenta los cinco años de producido, en razón de que la hija extramatrimonial habiendo nacido el 24-02-2008 a la fecha significan más de cinco años, aspecto que la reconviniente no ha acreditado que en el mes de noviembre del año 2014 (según señala en el segundo fundamento del escrito de reconvención) haya conocido la causa, lo que se contradice con lo que se tiene del certificado de ocurrencia policial de fecha 23-11-2005, presentado por el demandante y que no ha sido objeto de tacha, en la cual realizándose la constatación del abandono de hogar por parte del demandante, dicha reconviniente manifiesta que su cónyuge antes de retirarse le dijo que se retiraba por cuanto venía siendo amenazado por el hermano de su amante Lourdes de la O Rojas en los términos que “si dejas a mi hermana te vamos a matar y/o secuestrar”, presumiendo que actualmente se encuentra conjuntamente con su amante en la av. Confraternidad Internacional Oeste N° 613-b.

En consecuencia, de lo mencionado anteriormente se desprende que la reconviniendo conocía de la existencia del adulterio por parte del cónyuge desde el 23-11-2005 como se advierte del documento policial de fojas cuatro, quedando así acreditado que han transcurrido más de nueve años de conocida tal historia, por lo tanto, la causal antes mencionada ha caducado y por ende debe ser declarada improcedente.

Sobre la indemnización por daño moral y personal a favor de la demandada reconviniendo, el juez indicó que los cónyuges están separados aproximadamente casi once años, y si bien es cierto la reconviniendo señala que ha sufrido daño moral, sin embargo, de los medios de prueba no se puede determinar cuál ha sido la causa determinable para la separación de hecho, y más aún qué efectos negativos o perjudiciales se han manifestado a lo largo de los años por tal quiebre, situación que no permitiría hacer valoración de ello y reconocer al perjudicado, ya que no se han ofrecido ni actuado medios probatorios tendentes a demostrar ese estado.

Sobre la sociedad de gananciales se tiene que durante la vigencia del matrimonio han adquirido bienes muebles e inmuebles que forman parte de la sociedad conyugal; siendo estos el inmueble ubicado en la Urbanización Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira Baja, distrito de Independencia y provincia de Huaraz, inscrita en SUNARP, zona registral N° VII Sede Huaraz, con Partida N° 02000495 y la partida N° 02000495, así como el vehículo de placa 00-9672; carrocería cabina doble furgón blanco; motor 22R3838329; Serie RN 855105071.

El juez precisa que sobre el bien inmueble tendrán que deducirse los gastos o pagos que pudieran haberse generado como carga del lado de la demandada

durante el tiempo de separación, tal como lo refiere en su escrito absolutorio, o en su defecto hacer renuncia a favor de las hijas matrimoniales sin interrumpirse la ocupación plena de todo el inmueble por dicha progenitora demandada hasta sus últimos días o renuncia voluntaria; en cuanto al bien mueble será materia de liquidación de acuerdo a las normas técnicas que lo permitan sobre la base del cincuenta por ciento que les correspondería a cada parte.

4.7 Sentencia de segunda instancia

La Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Áncash decidió revocar la sentencia contenida en la resolución número veintitrés de fecha ocho de febrero del año dos mil diecisiete, en el extremo que falla declarando fundada la demanda interpuesta por don Pedro Alejandro Quito Pineda contra doña Gloria Ramírez Zerpa sobre divorcio por la causal de separación de hecho. En consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por ellos de hecho ante la Municipalidad distrital de San Marcos, provincia de Huari; asimismo, dese por fenecido el régimen de la sociedad de gananciales que pertenecía a ambos cónyuges a partir del dieciséis de noviembre del año dos mil cinco, fecha en que en el séptimo considerando se reconoce el haberse producido la separación de hecho de acuerdo a lo previsto en el artículo 319 del Código Civil. Procédase a la liquidación en ejecución de sentencia de los bienes adquiridos dentro de la sociedad de gananciales de la familia Quito Ramírez, sin perjuicio de incluir, en caso hubiera, los no contemplados en el presente proceso.

Declara infundada la reconvenición formulada por doña Gloria Ramírez Zerpa contra don Pedro Alejandro Quito Pineda sobre divorcio por las causales de

adulterio y abandono injustificado de la casa conyugal; así como también infundadas la pretensión de adjudicación como indemnización a su favor de la cuota que le correspondería al demandante sobre el inmueble conyugal y la solicitud de una pensión alimenticia a su favor. Reformándola, declararon carente de objeto efectuar pronunciamiento alguno sobre el divorcio por la causal de separación de hecho, conforme se encuentra acreditada en los considerandos emitidos en la presente resolución. Declararon fundada la reconvenición formulada por doña Gloria Ramírez Zerpa contra don Pedro Alejandro Quito Pineda sobre abandono injustificado de la causa conyugal, declararon dar por fenecido el régimen de la sociedad de gananciales que pertenecía a ambos cónyuges, a partir del catorce de diciembre del año dos mil once, fecha en que se encuentra acreditada en el décimo considerando de la presente resolución al haberse producido la separación de hecho de acuerdo a lo previsto en el artículo 319 del Código Civil, procédase a la liquidación en ejecución de sentencia de los bienes adquiridos dentro de la sociedad de gananciales de la familia Quito Ramírez, sin perjuicio de incluir, en caso hubiera, los no contemplados en el presente proceso. Fijaron por concepto indemnizatorio a favor de la cónyuge demandada-reconviniente, Gloria Ramírez Zerpa, la cantidad de cinco mil y 00/100 soles (S/ 5 000.00) monto que deberá pagar el demandante reconvenido, Pedro Alejandro Quito Pineda, confirmaron en lo demás que contiene.

La Sala Civil refiere que el demandante reconvenido hizo el abandono injustificado del hogar conyugal con fecha 14 de diciembre del 2011, y al momento de interponer la demanda han transcurrido los dos años permitidos por ley, habiendo abandono el domicilio ubicado en la Urbanización Santa Elena, pasaje Las Magnolias, Mz. 1, lote 5, Palmira, del distrito de Independencia, provincia de

Huaraz, sustrayéndose al cumplimiento de sus obligaciones conyugales y deberes matrimoniales, conforme se acredita con la ocurrencia policial que obra a fojas ochenta y tres, la partida de nacimiento de la menor Milagros Deysi Quito de la O, asentada a la Municipalidad de Independencia, Huaraz. Acreditándose la infidelidad y la razón por la cual hizo el abandono injustificado del hogar conyugal desde la fecha indicada, y con la condición de rebelde que ostenta en esta causa el demandante-reconvenido, aunado a lo dispuesto en el artículo 461 del Código Procesal Civil sobre la causa de presunción legal sobre la verdad de los hechos expuestos de la demanda, por lo que concurren los elementos contemplados en el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil; así, para la Sala Civil sí existió abandono injustificado por parte del demandante reconvenido, revocando en dicho extremo.

La Sala Civil refiere que la separación de los cónyuges se habría producido desde el 14 de diciembre del año 2011, por lo que deberá declararse el fenecimiento de la sociedad de gananciales desde dicha fecha, revocando en dicho extremo.

Asimismo, la Sala Civil refiere que existiría una indemnización de S/ 5 000.00 soles por cuanto se ha acreditado el abandono injustificado de hogar conyugal, hecho que se encuentra corroborado con su infidelidad; en consecuencia, provocando a la agraviada un daño psicológico debidamente acreditado; más aún: si desde dicha fecha de la separación hasta la actualidad no contó con el apoyo económico ni moral del demandado.

Finalmente, la Sala Civil ha establecido que no correspondería resolver la causal por divorcio remedio, por cuanto ya ha sido probada la causal de divorcio por abandono injustificado del hogar conyugal estableciéndose la responsabilidad del demandante-reconviniente.

CONCLUSIÓN

1. La separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio tiene carácter mixto y da lugar a un sistema de divorcio remedio mixto, en la medida en que no se toman en cuenta el dolo o la culpa de los cónyuges como factores de atribución, a pesar de que se los considere para el otorgamiento de la indemnización.
2. La indemnización o adjudicación proveniente de la sociedad de gananciales puede obtenerse cuando se la solicita expresamente en el petitorio, o cuando el juez pueda deducirla de la *causa petendi*. El daño moral y el daño a la persona son categorías independientes entre sí; en consecuencia, una cosa es la persona y su proyecto de vida y otra, sus sentimientos y aflicciones.
3. En el Tercer Pleno Casatorio, la acumulación de pretensiones es una acumulación objetiva accesoria implícita, tácita o legal, de conformidad con el último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil. No existe identidad entre el daño al proyecto de vida y el daño al proyecto de vida matrimonial. El primero afecta la libertad y potencialidades del ser humano con carácter individual, y tiene su origen en un daño psicosomático, mientras que el segundo es un daño ocasionado entre los cónyuges y tiene su origen en la separación de hecho.
4. El divorcio por abandono injustificado del hogar conyugal se encuentra tipificado en el art. 333, inc. 5, del Código Civil peruano, el cual debe reunir tres elementos: el objetivo (alejamiento físico), el subjetivo (intención) y el temporal (transcurridos dos años), es decir, se configura con el alejamiento físico de uno de los cónyuges del hogar conyugal a fin de sustraerse de forma

dolosa y consciente de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales que no solo incluiría la cohabitación, sino también la obligación de asistencia alimentaria.

5. En el Perú, se encuentran establecidos dos tipos de divorcios. Por un lado, está el divorcio-sanción, como la causal de abandono del hogar, en el que existe un cónyuge o esposa o esposo culpable, es decir, quien motiva la causal en que se funda el divorcio, llamado también divorcio por causas inculpatorias o de culpa; por otro lado, el divorcio remedio, separación de hecho, referido a un divorcio por causa no inculpatoria. En términos generales, en el divorcio por separación de hecho, es intrascendente quién haya sido el cónyuge culpable de la ruptura matrimonial, aunque se pueda apreciar que existe un cónyuge más perjudicado que el otro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfaro, L. (2009). Análisis procesal del requisito estar al día en la obligación alimentaria para invocar la causal de separación de hecho. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 14(124), 207-209.
- Alfaro, L. (2009). *Análisis jurisprudencial en torno a la indemnización derivada de la separación de hecho en el Perú*. Academia de la Magistratura.
- Carrión, J. (2000). *Tratado de derecho procesal civil*. Grijley.
- Castillo, M. (2013). *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia: causales, proceso y garantías*. Gaceta Jurídica.
- Código Civil. (1984, 25 de julio). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Espinoza, J. (2007). *Derecho de responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica.
- Fernández S. (2002). El proyecto de vida y los derechos fundamentales. *Revista Jurídica del Perú*, (35).
- García, V. (2005). *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Palestra Editores.
- Hinostroza, A. (2010). *Derecho procesal civil*. Jurista Editores.
- Landa, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República Tribunal Constitucional del Perú, y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Themis.
- Plácido, A. (2001). *El divorcio*. Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2008). *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Gaceta Jurídica.
- Peralta, J. (2008). *Derecho de familia en el Código Civil*. IDEMSA.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia: la nueva teoría jurídica e institucional de la familia*. Gaceta Jurídica.