

EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y LOS PROCESOS DE SEPARACION DE CUERPOS Y DE DIVORCIO POR CAUSAL

Alex F. Plácido V.

Abogado. Egresado de la Universidad de Lima. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima

Introducción

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil quedaron efectivamente derogadas las normas relativas a los procesos de separación de cuerpos y de divorcio por causal contenidas en el Código de Procedimientos Civiles y en el Decreto Legislativo 310. Tal innovación legislativa invita a determinar los cambios introducidos y a analizar los alcances de los mismos, sobre la base de los conceptos de la moderna doctrina procesal.

El presente trabajo, pretende ser un estudio proyectado de las cuestiones procesales más relevantes que podrían presentarse durante la aplicación de las nuevas disposiciones procesales en estos casos.

I.- COMPETENCIA

Estos procesos son de competencia de los Juzgados Civiles. De acuerdo con el numeral 2 del artículo 24 de Código Procesal Civil, tratándose de las acciones de invalidez del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad, es competente el juez del domicilio del demandado o del último domicilio conyugal, a elección del demandante.

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

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

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

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

Las pretensiones accesorias son de competencia del juez de la pretensión principal. Siendo así, competen al juez que conoce de la separación de cuerpos o del divorcio por causal las pretensiones relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o la sociedad conyugal.

II.- PARTES

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

Si uno de los cónyuges ha fallecido, los herederos no pueden iniciar la acción ya que se ha producido la disolución del vínculo matrimonial. En caso contrario, la demanda sería declarada improcedente por carecer

de legitimada por obra del demandante. De otro lado, los herederos tampoco podrán continuar la acción iniciada en vida por su causante, es decir, no operará la sucesión procesal, al haberse producido la desaparición de uno de los presupuestos de la acción de separación de cuerpos o de divorcio por causal: ello es la subsistencia del vínculo matrimonial. Ante esa eventualidad, el juez debe declarar la conclusión del proceso sin expresión sobre el fondo por haberse sustraído la pretensión del ámbito jurisdiccional.

Si alguno de los cónyuges es incapaz por enfermedad mental o ha sido declarado ausente, comparece al proceso representado por cualquiera de sus ascendientes de acuerdo con el artículo 334 del Código Civil. A falta de éstos, el juez le nombrará un curador procesal. Igual tratamiento debe merecer los casos en que el cónyuge incapaz lo sea por deterioro mental que le impide expresar su libre voluntad. En cambio, si el cónyuge ha sido declarado pródigo, mal gestor, ebrio habitual o toxicómano, debe estarse a lo que dispone el artículo 591 del Código Civil: no puede comparecer al proceso sin el asentimiento especial del curador. Siendo así, para la constitución de una relación jurídica procesal válida cuando se demande la separación de cuerpos o el divorcio por la causal de farmacodependencia, deberá promoverse previamente la interdicción civil y nombrarse un curador provisional al cónyuge afectado, quien le otorgaría el asentimiento especial requerido. De otro lado, queda entendido que el cónyuge menor de edad tiene plena capacidad para estar en todo tipo de procesos al haber cesado su incapacidad relativa por razón del matrimonio.

Como se indicó, los cónyuges pueden comparecer personalmente o por apoderado judicial. A este último deberá conferírsele las facultades especiales, contenidas en el artículo 75 del Código Procesal Civil, para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones y demás actos de disposición de derechos sustantivos dentro del proceso de separación de cuerpos o de divorcio por causal; siendo insuficiente, para ello, las facultades generales. Con relación a la representación judicial, curadoría procesal y procuración oficiosa, debe estimarse que no es posible que el hijo de los cónyuges asuma como abogado o procurador la defensa o representación de uno de ellos, pues tal situación lesionaría los deberes de lealtad, probidad y buena fe, rompiendo el principio de igualdad entre los litigantes, ya que significaría para uno de ellos la presencia permanente de un factor inhibitorio de su actuación en el pleito, que incide o puede incidir en la eficacia de su defensa. En tal caso, el juez debe ejercer las facultades que reconoce la ley para hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso.

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

III.- PROCEDIMIENTO

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

La sujeción al proceso de conocimiento radica en que la sentencia que declara la separación de cuerpos o el divorcio por causal modifica el estado de familia de los cónyuges al hacerlos pasar del de casados al de separados o divorciados por efectos erga omnes, por lo que deben tomarse los mayores recaudos para arribar a esta declaración.

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

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

a) Descripción de los hechos en la demanda.-

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

b) Inadmisibilidad de la demanda por no acompañarse los anexos exigidos por ley.-

Se presentaría cuando a la demanda no se acompañe la prueba de la calidad de cónyuge, esto es, la partida de

matrimonio o los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante.

c) Improcedencia de la demanda por caducidad del derecho.-

Se presentaría cuando el Juez advierta la verificación de alguno de los supuestos en el artículo 339 del Código Civil que producen la caducidad del derecho en que se sustenta la pretensión.

d) Reconvenición.-

El demandado por separación de cuerpos o divorcio por causal puede reconvenir por divorcio o separación de cuerpos por causales idénticas o diferentes, indistintamente. También puede entablar esa vía cualquiera de las pretensiones acumulables por la conexidad con la relación jurídica invocada en la demanda.

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

e) Rebeldía.-

La declaración de rebeldía, en el proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, no causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda. Ello en razón a que la pretensión se sustenta en un derecho indisponible por su carácter de atributo de la persona: el estado de familia. Tal indisponibilidad provoca que los particulares carezcan de poder sobre sus cualidades personales como para modificarlas o disponer de ellas por convenciones según su voluntad. En tal sentido, la declaración de rebeldía no obsta a que el demandante acredite los hechos expuestos en su demanda ni impide al demandado ofrecer pruebas, si fuere el estado, las que sólo pueden versar sobre los hechos alegados por la parte actora.

IV.- ACUMULACION

En caso de que cada uno de los cónyuges, en la misma época, haya demandado al otro por separación de cuerpos o divorcio por causal, corresponde la acumulación de ambos para que se dicte una sola sentencia dado que se persigue la modificación del estado de familia. Se trata de una acumulación sucesiva de procesos. Igualmente y atendiendo a su conexidad, pueden acumularse los procesos de invalidez del matrimonio con los de separación de cuerpos o divorcio por causal. Ante esta última circunstancia, si el juez declara fundada la demanda de invalidez del matrimonio, debe declarar, a su vez, la conclusión del proceso de separación de

cuerpos o divorcio por causal sin expresión sobre el fondo por sustraerse la pretensión del ámbito jurisdiccional al desaparecer uno de los presupuestos de la acción: la subsistencia válida del vínculo matrimonial.

En vista de los efectos personales y patrimoniales que produciría la separación de cuerpos o el divorcio, todas las cuestiones relativas a los derechos y deberes de los cónyuges o de éstos respecto de sus hijos deben ser resueltas con la pretensión principal. Se trata de una acumulación de pretensiones accesorias que puede ser originaria o sucesiva. Por la primera y salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal las referidas a alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de patrimonios y las demás que directamente deben resultar afectadas como consecuencia de la declaración de separación de cuerpos o del divorcio por causal. No obstante y aunque las pretensiones accesorias tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.

Por acumulación objetiva sucesiva, los procesos respecto de las pretensiones accesorias iniciados con anterioridad y que estén pendientes, se acumularán al proceso principal a pedido de parte.

V.- MEDIDAS CAUTELARES

Después de interpuesta la demanda, compete adoptar todas las medidas que sean necesarias sobre las personas de los cónyuges y de los hijos menores, su residencia, y sus relaciones patrimoniales. Todas ellas tienen carácter provisional y transitorio, y pueden ser ampliadas, modificadas, reducidas o sustituidas durante el curso del proceso, a la par que quedan subordinadas a lo que se resuelva en la sentencia o después de ella.

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

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

a) Medidas cautelares sobre las personas de los cónyuges.

a.1 Separación provisional de los cónyuges.-

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

a.2 Atribución de la casa conyugal.-

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

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

Los criterios para la atribución de la casa conyugal dependen de diversas circunstancias. Fundamentalmente, debe atribuírsela al cónyuge a cuyo cargo queden los hijos menores, en defensa de los intereses de éstos y para conferir protección al núcleo familiar subsistente. Pero también, puede tenerse en consideración, la imposibilidad o mayor dificultad que sufre uno de ellos para procurarse vivienda separada, la necesidad de permanecer en el hogar debido a enfermedad o disminución física de uno de los cónyuges o porque allí desarrolla sus actividades profesionales, la eventualidad de estar instalada en el bien propio de uno de los esposos o en el ganancial adquirido con el producto de su trabajo personal. A falta de otra pauta aplicable, debe preferirse a la mujer teniendo en cuenta la mayor facilidad que para el hombre existe de solucionar el problema de la vivienda consiguiendo nuevo alojamiento.

Si la vivienda fuese alquilada, el juez puede imponer al cónyuge que se retire la continuación del pago de la renta, si es el único que trabaja, o que asuma una parte proporcional de pago, si ambos perciben ingresos. Ello

baja el título de asignación anticipada de alimentos, por comprender éstos lo indispensable para la habitación. La atribución de la casa conyugal queda, por lo demás, implícita entre las llamadas medidas cautelares genéricas que prevé el artículo 629 del Código Procesal Civil.

a.3 Alimentos.-

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

b) Medidas cautelares sobre los bienes de los cónyuges.

b.1 Inventario.-

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

b.2 Embargo.-

Como otra medida de conservación de los bienes del matrimonio procede el embargo, especialmente práctico para evitar enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes del matrimonio. Por consiguiente, pueden embargarse todos los bienes propios del accionante en poder del demandado y el 50% de los bienes sociales, si fuere el caso. Esto último, en razón a la previsión del artículo 646 del Código Procesal Civil y porque, como se considera fenecida la sociedad de gananciales entre los cónyuges desde la notificación de la demanda, ha surgido un estado de indivisión post-comunitaria al que se aplican las reglas de copropiedad.

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

b.3 Prohibición de innovar.-

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

b.4 Remoción de la administración.-

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

c) Medidas cautelares sobre los hijos

c.1 Tenencia de los hijos.-

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

Como criterio fundamental para fijar la tenencia debe seguirse el de mantener el statu quo existente al tiempo de la promoción de la demanda, especialmente si de hecho uno de los cónyuges viene ejerciendo la tenencia por un tiempo prolongado, y salvo que esa situación haya sido creada por el engaño o la violencia de uno de los esposos. En todo caso, corresponde aplicar subsidiariamente la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 340 del Código Civil: los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre.

No obstante la previsión de la norma procesal, cuando los hijos menores son varios, es conveniente ponerlos

a todos al cuidado de la misma persona a fin de mantener la unidad de educación.

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

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

c.2 Régimen de visitas.-

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

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

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

VI.- PRUEBAS

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

En principio, todo medio de prueba es admisible de acuerdo con el artículo 191 del Código Procesal Civil. Como los hechos que dan lugar a la separación de cuerpos o al divorcio ocurren en la intimidad del ho-

gar, la prueba es dificultosa. Por ello, el criterio con que se aprecia la prueba producida debe ser amplio, y ella debe ser considerada en conjunto, a fin de tratar de obtener una idea exacta de la situación real del matrimonio y determinar, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad de cada cónyuge en el fracaso del matrimonio. Las especiales circunstancias sobre la educación, la costumbre y conducta de los cónyuges deben ser, pues, consideradas por el juez.

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

1. Declaración de parte.

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

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

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

2. Declaración de testigos.

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

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

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

3. Documentos.

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

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

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

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

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

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

También pueden presentarse anónimos, notas, diarios íntimos, etc.; los que pueden constituir un principio de

prueba escrita si el escrito emana del cónyuge a quien se opone y el hecho alegado sea verosímil.

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

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

4. Pericia

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

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

5. Inspección Judicial.

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

6. Sucedáneos de los medios probatorios.

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

En los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal son relevantes el indicio, la presunción judicial y la conducta procesal de las partes. Así, por ejemplo, si se alega la causal de toxicomanía y no se ha podido actuar la pericia toxicológica a fin de acre-

ditar la drogadicción por la negativa de someterse a la prueba, pero existen reiteradas constancias e investigaciones policiales y uniformes declaraciones de testigos referidas a escándalos realizados en la vía pública bajo el influjo de sustancias estupefacientes o de internamiento por haber sido encontrado consumiendo o comprando droga en compañía de microcomercializadores conocidos por la policía, estas circunstancias en conjunto adquieren significación de certeza por cuanto clínicamente la drogadependencia constituye en sí misma personalidades anormales patológicas que, aunque no se califiquen de psicopáticas, provocan desviaciones de conducta y peligrosidad socio-ambiental, proclividad al delito y culminan en formas de demencia. La toxicomanía, por otro lado, provoca trastornos permanentes, debido a la subordinación física y psíquica que experimenta la persona al uso periódico de droga, que impiden la vida en común o la del cónyuge drogadicto con los hijos. Tales circunstancias son, pues, indicios que conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia; además, la conducta procesal de la parte que se negó a someterse a la prueba, denota su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios.

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

VII.- CONCLUSION DEL PROCESO

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

a. Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo.

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

a.1 Sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional.-

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

a.2 Disposición legal que declare al conflicto de intereses como un caso no justificable.-

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

a.3 Declaración de abandono del proceso.-

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

a.4 Caducidad del derecho pretendido.-

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

a.5 Desistimiento del proceso.-

El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión, aun cuando puede tener por resultado la caducidad del derecho pretendido. Respecto del desistimiento de la pretensión éste resulta procedente al no suponer una disposición del derecho pretendido. Así el cónyuge ofendido perdona al ofensor durante el proceso, ese hecho supone la reanudación del estado conyugal y, por tanto, la no continuación del

proceso. Tal perdón comprende los hechos en que se sustenta la pretensión y ello no impide que, en base a hechos nuevos, se pueda intentar una nueva demanda. No hay disponibilidad del derecho al evidenciarse el mantenimiento del estado de casados.

b. Conclusión del proceso con declaración de fondo

b.1 Declaración definitiva de fundada o infundada la demanda.-

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

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

Sin embargo, pueden presentarse los siguientes casos:

b.1.1 Calificación de la causal

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

b.1.2 Hechos nuevos y causales nuevas.-

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

En los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal debe admitirse la alegación de nuevos hechos, aún cuando configuren causales distintas de las invocadas al promover la acción, sobre la base de considerar que los deberes matrimoniales subsisten en su integridad hasta que se dicte la sentencia que declare fundada la demanda, de manera que sus violaciones durante la sustentación del proceso también deben ser tenidas en cuenta al sentenciar.

b.1.3 Hechos no alegados en la demanda pero que surgen de la prueba.-

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

b.2 Conciliación.-

Las partes pueden conciliar su conflicto de interés en cualquier estado del proceso, siempre que trate sobre derechos disponibles y el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio. En tal sentido y toda vez que el estado de familia es indisponible, en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio por causal es improcedente una conciliación si su contenido representa el proceso de la acción respectiva sin la necesaria sentencia judicial. En cambio, no es objetable si los cónyuges en procesos de divorcio, sin llegar a reconciliación, acuerdan un lapso de espera para intentar el avenimiento.

Sin embargo, la conciliación sí puede ser procedente para reglamentar el ejercicio de algunos derechos emergentes del estado de familia sin lesionar su esencia, como lo referido a la tenencia de los hijos, el régimen de visitas, el monto de la pensión alimenticia para hijos y a favor de los cónyuges, la atribución de la casa conyugal, etc.; sin perjuicio de la facultad del juez de observar u objetar el acuerdo por atender al interés familiar.

b.3 Allanamiento y Reconocimiento.-

El demandado puede expresamente allanarse al petitorio o reconocer la demanda si el conflicto de intereses comprende derechos disponibles. En tal virtud, es improcedente el allanamiento o el reconocimiento en los procesos por separación de cuerpos por divorcio por causal por ser indisponible el estado de familia.

b.4 Transacción judicial

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

b.5 Renuncia.-

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

VIII.- SEGUNDA INSTANCIA

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

La sentencia de primera instancia adquiere autoridad de cosa juzgada cuando se deja de transcurrir el plazo legal sin interponer recurso de apelación. En tal sentido, es improcedente la consulta contra la sentencia de primera instancia no apelada.

Conclusión

Esta visión integral sobre las cuestiones procesales más relevantes que se presentarían durante la sustentación de un proceso de separación de cuerpos o de divorcio por causal de acuerdo con el Código Procesal Civil, ha permitido establecer los cambios introducidos y sus alcances. Sin embargo, un análisis de mayor envergadura sólo se podrá lograr luego de una comprensión total del proceso en la realidad.

Queda, pues, en manos de la jurisprudencia y de la doctrina la determinación de los defectos o deficiencias de las normas procesales y de las propuestas de enmienda a fin de resolver el conflicto de intereses y reponer la paz social, de acuerdo a la naturaleza del antagonismo conyugal.